
Kollektives Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht

Über Sinn und Grenzen der Tarifautonomie
unter wirtschaftsrechtlichen Gesichtspunkten

Dissertation
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Robert Furter

von Staufen/AG

Genehmigt auf Antrag von
Herrn Professor Dr. Manfred Rehbinder

1982



Stämpfli & Cie AG, Graphisches Unternehmen, Bern



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Kollektives Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht

Über Sinn und Grenzen der Tarifaufonomie
unter wirtschaftsrechtlichen Gesichtspunkten

Dissertation
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
Robert Furter
von Staufeu/AG

Genehmigt auf Antrag von
Herrn Professor Dr. Manfred Rehbinder

1982



Stämpfli & Cie AG, Graphisches Unternehmen, Bern

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 24. Februar 1982

Der Dekan:

Prof. Dr. G. Hauser

Die gleiche Arbeit ist im Verlag Stämpfli & Cie AG in Bern erschienen als Heft 16 der Reihe

Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht SSA

begründet und herausgegeben von Professor Dr. Manfred Rehbinder (Zürich).



©
Verlag Stämpfli & Cie AG Bern · 1982
Gesamtherstellung Stämpfli & Cie AG,
Graphisches Unternehmen, Bern
Printed in Switzerland

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	5
Literaturverzeichnis	8
Abkürzungen	13
 Einleitung	 15
 Erster Teil:	
Sinn und Zweck der arbeitsrechtlichen Gesamtvereinbarungen	17
 § 1 Kollektives Arbeitsrecht und Wirtschaftsordnung	17
I. Kollektives Arbeitsrecht als Teil des Wirtschaftsrechts	17
A. Ausgangspunkt	17
B. Grundbegriffe	18
1. Wirtschaftssystem	18
2. Wirtschaftsordnung	18
3. Wirtschaftsverfassung	18
II. Das Koordinations- und Subordinationsproblem	19
A. Grundlegung	19
B. Das Koordinationsproblem	19
C. Das Subordinationsproblem	20
D. Die Wirtschaftsordnung in der Realität	21
III. Die schweizerische Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsverfassung	21
A. Wirtschaftsordnung	21
B. Wirtschaftsverfassung	23
 § 2 Arbeitsmarkt und Wettbewerb	25
I. Markt	25
II. Wettbewerb	26
III. Wettbewerb auf dem Arbeitsmarkt	27
 § 3 Koordination des Arbeitsmarktes durch Gesamtvereinbarungen	28
I. Gesamtvereinbarungen contra Planwirtschaft	28
II. Geschichtliche Entwicklung	30
III. Charakterisierung des Gesamtvereinbarungssystems	31
A. Grundgedanke	31
B. Funktionen	33
1. Schutzfunktion	34
2. Ordnungsfunktion	34
a) im arbeitsrechtlichen Sinn	34
b) im wirtschaftsrechtlichen Sinn	34
3. Friedensfunktion	35
4. Das Verhältnis untereinander	35
C. Modell und Realität	35
IV. Rechtliche Grundlagen	37
A. Allgemeines	37
B. Die einzelnen Institute	39
1. Koalitions- und Kampffreiheit	39
2. Tarifaautonomie	40
3. Allgemeinverbindlicherklärung	40
 § 4 Die Macht- und Wettbewerbsproblematik der Gesamtarbeitsverträge	41
I. Gesamtarbeitsverträge als Kartellvereinbarungen	41

II.	Die Ausnahmebestimmung des Art. 1 Satz 2 KG	42
A.	Grundsatz	42
B.	Das Abgrenzungsproblem	44
III.	Die Gefahr der Entartung des Gesamtvereinbarungssystems	44
IV.	Aktuelle Missbrauchsmöglichkeiten der Kartellmacht	47
A.	Gefährdung der Freiheit der Berufsausübung	47
B.	Gefährdung der Koalitionsfreiheit	48
1.	Das Aussenseiterproblem	48
2.	Koalitionsfeindliche Massnahmen	50
C.	Funktionswidrige Arbeitskämpfe	51
D.	Übermarchung in der Tarifautonomie (Überblick)	53

Zweiter Teil:

Funktionsvoraussetzungen und Grenzen der Tarifautonomie unter wirtschaftsrechtlichen Gesichtspunkten

(dargestellt anhand von Einzelproblemen)	54
--	----

§ 5	Tarifautonomie im Allgemeinen	54
I.	Vorbemerkung	54
II.	Begriff und Umfang der Tarifautonomie	55
A.	Begriff	55
B.	Umfang	55
1.	In sachlicher Hinsicht	55
2.	In persönlicher Hinsicht	60
3.	Positive Umschreibung der Tarifautonomie	60
III.	Funktionsvoraussetzungen der Tarifautonomie	62
A.	Allgemeines	62
B.	Insbesondere Tariffähigkeit	63
IV.	Grenzen der Tarifautonomie	64
A.	Grenzen der Regelungszuständigkeit	64
1.	Individualbereich	64
2.	Vertragsfreiheit	64
a)	der Tarifunterworfenen	64
b)	der Aussenseiter	65
3.	Wirtschaftsrechtliche Begrenzung	65
B.	Rechtsstaatliche Grundsätze	65
C.	Die staatlichen Gesetze	66
D.	Gemeinwohlbindung der Koalitionen?	66
§ 6	Grenzrisiken auf dem Arbeitsmarkt: Die Korrelation zwischen Gesamtvereinbarungen und Wettbewerb	69
I.	Bedeutung	69
II.	Erscheinungsformen fehlender Grenzrisiken	70
A.	Im öffentlichen Dienst	71
B.	Bei staatlicher Wirtschaftsförderung	71
C.	Bei gütermarktlichen Wettbewerbsbeschränkungen	74
III.	Massnahmen zur Verhinderung unangemessener Tarifabschlüsse	75
§ 7	Bereitschaft zum Arbeitskampf und zu sozialer Druckausübung als Funktionsvoraussetzungen der Tarifautonomie	77
I.	Problematik	77
II.	Bereitschaft zum Arbeitskampf und zu sozialer Druckausübung als Voraussetzungen der Tariffähigkeit	78
A.	Deutschland	78
B.	Schweiz	78
1.	Kollektive Wahrnehmung von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen	78
2.	Bereitschaft zum Arbeitskampf	79
3.	Ausübung sozialen Drucks	81

III.	Vertragliche Beschränkungen des Arbeitskampfes	83
A.	Relative Friedenspflicht	83
B.	Absolute Friedenspflicht	84
C.	Verlängerung der Friedenspflicht nach Ablauf des Gesamtarbeitsvertrages	84
IV.	Absolute Schiedsgerichtsbarkeit	85
A.	Absolute Friedenspflicht als Ursache von Koordinationslücken	85
B.	Absolute Schiedsgerichtsbarkeit als Ausweg?	86
C.	Kritik	87
V.	Alternative	91
A.	Grundsätzliches	91
B.	«Relativierung» der absoluten Friedenspflicht	92
VI.	Schlussbemerkung	94
§ 8	Das Günstigkeitsprinzip als Schranke der Gesamtvereinbarungen auf dem Arbeitsmarkt	95
I.	Wirtschaftsrechtliche Bedeutung	95
II.	Günstigkeitsprinzip und individuelle Vertragsfreiheit	96
III.	Geltungsbereich des Günstigkeitsprinzips	99
A.	Zwingende Wirkung	99
B.	Unzulässigkeit jeglicher Vereinbarung gesamtarbeitsvertraglicher Höchstarbeitsbedingungen	100
C.	Wettbewerbsbeschränkungen im übertariflichen Raum	101
§ 9	Die Begrenzung der Tarifaufonomie durch das Kartellgesetz	104
I.	Grundsatz und Problematik	104
II.	Die Beurteilung von Kollusionstatbeständen	105
A.	Arbeitsmarktliche Zielsetzung als Ansatzpunkt	105
B.	Ausschliesslichkeit als unzulängliches Kriterium	107
C.	Einzelne Auslegungsregeln	108
III.	Rechtsfolgen	110
A.	nach Kartellgesetz	111
B.	nach kollektivem Arbeitsrecht	112
IV.	Kasuistik	113
A.	Kollektives Arbeitsrecht	114
1.	Art. 356a Abs. 2 und 3 OR	114
2.	Art. 356a Abs. 1 OR	114
3.	Art. 356b OR	115
4.	Arbeitskampfrecht	115
5.	Allgemeines Zivilrecht	115
B.	Kartellrecht	116
§ 10	Grenzen der Unternehmensmitbestimmung durch Gesamtarbeitsverträge	116
I.	Problematik und Ausgangspunkt	116
II.	Art. 356 Abs. 2 OR als Schranke der Tarifmacht	119
III.	Bindung der Tarifaufonomie an die Wirtschaftsverfassung und an die wirtschaftlichen Grundrechte	122
A.	Fehlende Verfassungskompetenz zur gesetzlichen Regelung der Unternehmensmitbestimmung	123
B.	Einzelne Grundrechte	123
1.	Eigentumsgarantie und Handels- und Gewerbefreiheit	124
2.	Koalitionsfreiheit	125
IV.	Unternehmensverfassungsrecht als Schranke gesamtarbeitsvertraglicher Unternehmensmitbestimmung	126
A.	Mitbestimmung ohne Mitbeteiligung	126
B.	Mitbestimmung durch Mitbeteiligung	127
V.	Gesetzliche Unternehmensmitbestimmung und Prognose für die Tarifaufonomie	128
	Zusammenfassung	129

Literaturverzeichnis

- AMONN ALFRED Volkswirtschaftliche Grundbegriffe und Grundprobleme, 2. A. Bern 1944
- ARNDT HELMUT Gegenwartsfragen der Wirtschaftstheorie, Bd. 1: Markt und Macht, 2. grundlegend veränderte A. von «Mikroökonomische Theorie», Tübingen 1973
- ARREGGER OTTO Die normativen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages und ihr Verhältnis zum Einzelarbeitsvertrag, Diss. Bern 1973
- BADURA PETER Unternehmerische Mitbestimmung, soziale Selbstverwaltung und Koalitionsfreiheit, RdA 1976 275ff.
– Die Tarifautonomie im Spannungsfeld von Gemeinwohlerfordernissen und kollektiver Interessenwahrung, AöR 104 (1979) 246ff.
- BÄNZIGER ROLF Höchstarbeitsbedingungen im Gesamtarbeitsvertrag? WuR 30 (1978) 410ff. (zit. Höchstarbeitsbedingungen)
– Die Effektivklausel im Gesamtarbeitsvertrag, Bern 1981 (zit. Effektivklausel)
- Bericht der Kommission des Nationalrates über parlamentarische Initiativen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer, vom 3. Mai 1978, BBl. 1978 II 985ff.
- BIEDENKOPF KURT H. Grenzen der Tarifautonomie, Karlsruhe 1964 (zit. Tarifautonomie)
– Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag in Essen, Bd. I/1, München/Berlin 1966, 97ff. (zit. Gutachten)
- BÖHM FRANZ Kartelle und Koalitionsfreiheit, Berlin 1933
- BOLDT GERHARD Aufgaben und Organisation der Arbeitnehmerverbände in der Schweiz, RdA 1978 362ff.
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlicherklärung, vom 29. Januar 1954, BBl. 1954 I 125ff.
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über Kartelle und ähnliche Organisationen, vom 18. September 1961, BBl. 1961 II 553ff.
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titels^{bis} des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag), vom 25. August 1967, BBl. 1967 II 241ff.
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesbeschlusses betreffend das Volksbegehren über die Mitbestimmung und einen Gegenvorschlag (Art. 34^{ter} Abs. 1 Bst. b^{bis} BV), vom 22. August 1973, BBl. 1973 II 237ff.
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen (KG), vom 13. Mai 1981, BBl. 1981 II 1293ff.
- BRENTANO LUJO Die Arbeitergilden der Gegenwart, 2. Bd.: Zur Kritik der englischen Gewerkvereine, Leipzig 1872
- BRIEFS GÖTZ Zwischen Kapitalismus und Syndikalismus, Bern 1952
- BROX HANS/ RÜTHERS BERND Arbeitskampfrecht, Stuttgart 1965
- BRUNNER ANDREAS B. Rechtsfolgen des Arbeitskampfes, in: Recht und Arbeitskampf, hrsg. von Münir Ekonomi und Manfred Rehbindler, Bern 1980, 57ff.
- BUCHNER HERBERT Die Rechtsprechung des BAG zum Gewerkschaftsbegriff, in: 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, hrsg. von Franz Gamillscheg u.a., München 1979, 55ff.
- BÜHLMANN HUBERT Wettbewerb als Grundnorm der schweizerischen Wirtschaftsverfassung, WuR 31 (1979) 178ff.
- COESTER MICHAEL Vorrangprinzip des Tarifvertrages, Heidelberg 1974

- DÄUBLER WOLFGANG/
HEGE HANS
DEMIRCIOGLU
ATTILA MURAT
EUCKEN WALTER
- Koalitionsfreiheit, Baden-Baden 1976
- Die Rechtsstellung der Gewerkschaften in der Schweiz, mit einem kurzen Blick auf das türkische Recht, Diss. Bern 1975
- Grundlagen der Nationalökonomie, 8. A. Berlin/Göttingen/Heidelberg 1965
- Expertenkommission
- für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Bericht, Bern 1977 (zit. Expertenkommission)
- EYRENCI ÖNER
- Die Solidarnormen im deutschen und schweizerischen kollektiven Arbeitsrecht, Diessenhofen 1975
- MITBESTIMMUNGSGESETZ, 2. A. München 1978
- FITTING KARL/
WLOTZKE OTFRIED/
WISSMANN HELMUT
- Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, 2. A. Zürich 1980
- FLEINER-GERSTER
THOMAS
GALLATI RENATUS
- Der Arbeitsfriede in der Schweiz und seine wohlstandspolitische Bedeutung im Vergleich mit der Entwicklung in einigen anderen Staaten, Diss. rer. pol. Bern 1976
- GRUNER ERICH
- Die Wirtschaftsverbände in der Demokratie, Erlenbach-Zürich/Stuttgart 1956
- GYGI FRITZ
- Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, 2. A. Bern 1978
- GYSIN ARNOLD
- Inhalt, Wirkungen, Anwendung und Durchsetzung des Gesamtarbeitsvertrages, ZBJV 93 (1957) 417ff.
- HAUSHEER HEINZ
- Die Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen als gesetzgeberisches Gestaltungsmittel, ZSR 95 (1976) II 225ff.
- HEITHER FRIEDRICH F.
HERSCHEL WILHELM
- Das kollektive Arbeitsrecht der Schweiz, Stuttgart 1964
- Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, Referat auf dem 46. Deutschen Juristentag in Essen, Bd. II, München/Berlin 1966, D 7ff. (zit. Referat)
- Der politische Schlichter, BB 1979 485ff. (zit. Der politische Schlichter)
- HÖLTERS WOLFGANG
- Harmonie normativer und schuldrechtlicher Abreden in Tarifverträgen, Berlin 1973
- HOHN MICHAEL
- Streikrecht und Aussperrungsrecht im Rahmen der schweizerischen Arbeitsverfassung und im internationalen Konventionsrecht, insbesondere der europäischen Sozialcharta, Diessenhofen 1978
- HOPPMANN ERICH
- Marktmacht und Wettbewerb (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 471), Tübingen 1977
- HUECK ALFRED/
NIPPERDEY HANS CARL
HUG WALTHER
- Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II/1: Kollektives Arbeitsrecht, von Hans Carl Nipperdey, 7. A. Berlin/Frankfurt a. M. 1970
- Koalitionsfreiheit und Tarifaufonomie in der Schweiz, in: Koalitionsfreiheit und Tarifaufonomie als Probleme der modernen Demokratie, hrsg. von Helmut Duvernell, Berlin 1968, 177ff. (zit. Tarifaufonomie)
- Probleme des kollektiven Arbeitsrechts in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht, in: Ausgewählte Abhandlungen zum Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Bd. I: Beiträge zum Arbeitsrecht, hrsg. von Manfred Rehinder, Bern 1978, 275ff. (zit. Beiträge)
- Die Gesetzgebung über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlicherklärung, in: Ausgewählte Schriften zum Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Bd. I: Beiträge zum Arbeitsrecht, hrsg. von Manfred Rehinder, Bern 1978, 308ff. (= WuR 6 [1954] 117ff.) (zit. Beiträge)
- JACOBI RAINER
- Die Gewerkschaften im deutschen und schweizerischen Recht, Diss. Basel 1964 (MaschSchr.)
- JAEGER HANS-PETER
- Beiträge der Rechtsordnung zur Sicherung des Arbeitsfriedens, Bern 1981
- JÖHR WALTER ADOLF
- Das Problem der Wirtschaftsordnung, in: Individuum und Gesellschaft, Festschrift zur Fünfzig-Jahr-Feier der Handelshochschule St. Gallen. St. Gallen 1949, 231ff.
- JUCKER WALDEMAR
- Wettbewerbspolitik und Arbeitnehmer, in: Wettbewerbspolitik in der

Schweiz, Festgabe zum 80. Geburtstag von Fritz Marbach, hrsg. von Hugo Sieber und Egon Tuchtfeldt, Bern/Stuttgart 1972, 59ff.
 Arbeitsmarkt und Wettbewerbspolitik, Diss. rer. pol. Bern 1970
 Die schweizerische Volkswirtschaft, Frauenfeld 1977

KAUFMANN KARL HEINZ
 KLEINWEFERS HENNER/
 PEISTER REGULA
 KNEBEL JÜRGEN
 KRÜGER HERBERT

Koalitionsfreiheit und Gemeinwohl, Berlin 1978
 Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag in Essen, Bd. I/1, München/Berlin 1966, 7ff.

KUMMER MAX
 KUNDERT HEINZ

Der Begriff des Kartells, Bern 1966
 Die Befugnisse des Bundes auf dem Gebiet des Kartellwesens (BV 31^{bis} III d), Diss. Zürich 1954

MARTI HANS

Die Wirtschaftsfreiheit der schweizerischen Bundesverfassung, Basel/Stuttgart 1976

Materialien 1978

zur Revision des Schweizerischen Kartellgesetzes, Entwurf der Schweizerischen Kartellkommission (als Expertenkommission) vom 25. September 1978 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen samt Erläuterungen vom November 1978, WuR 31 (1979) 83ff. (zit. Materialien)

MATHYS PETER

Das Verhältnis zwischen Kartellrecht und kollektivem Arbeitsrecht, Basel/Stuttgart 1969

MEIER KURT

Privatrechtlicher Schutz gegen Koalitionszwang, in: Gegenwartsprobleme der Koalitionsfreiheit, hrsg. von Münir Ekonomi und Manfred Rehbinders, Bern 1979, 87ff. (zit. Koalitionszwang)

– Aussperrung und Kampfparität, in: Recht und Arbeitskampf, hrsg. von Münir Ekonomi und Manfred Rehbinders, Bern 1980, 103ff. (zit. Aussperrung)

MERZ HANS

Das schweizerische Kartellgesetz, Bern 1967

MEYER KURT

Mitbestimmung im Verwaltungsrat der schweizerischen Aktiengesellschaft, SAG 45 (1973) 13ff.

MÖLLER HANS

Stichwort «Markt, Marktformen und Marktverhaltensweisen», in: Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, Bd. II, 4. A. Stuttgart 1975, 2604ff.

MONTANER ANTONIO

Stichwort «Arbeitsmarkt und Betrieb», in: Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, Bd. I, 4. A. Stuttgart 1974, 200ff.

NIKISCH ARTHUR

Arbeitsrecht, Bd. II: Koalitionsrecht, Arbeitskampfrecht und Tarifvertragsrecht, 2. A. Tübingen 1959

NOBEL PETER

Kartellrecht und Arbeitsmarkt, SAG 51 (1979) 46ff.

NOTTER REMI FELIX

Das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis unter besonderer Berücksichtigung des St. Galler Normalarbeitsvertrages, Diss. Fribourg 1976
 Rechtliche Probleme der Mitbestimmung, in: Charles Lattmann/Vera Ganz-Keppeler (Hrsg.), Mitbestimmung in der Unternehmung, Bern 1972, 123ff.

Preisbildungskommission

des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements, Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, Bern 1957 (zit. Pbk)

RAISER THOMAS

Mitbestimmungsgesetz und Wahlordnungen, Berlin/New York 1977

REHBINDER MANFRED

Die Koalitionsfreiheit als öffentlich-rechtliches Freiheitsrecht, in: Gegenwartsprobleme der Koalitionsfreiheit, hrsg. von Münir Ekonomi und Manfred Rehbinders, Bern 1979, 11ff. (zit. Koalitionsfreiheit)

– Formen des Arbeitskampfes, in: Recht und Arbeitskampf, hrsg. von Münir Ekonomi und Manfred Rehbinders, Bern 1980, 14ff. (zit. Arbeitskampf)

– Schweizerisches Arbeitsrecht, 6. A. Bern 1981

RICHARDI REINHARD

Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, München 1968

– Mitbestimmung – das nicht gelöste Ordnungsproblem, Die AG 1979 29ff.

– Die Bedeutung des Mitbestimmungsurteils des Bundesverfassungsgerichts vom 1. März 1979 für die Arbeitsrechtsordnung, AöR 104 (1979) 546ff.

- RÜTHERS BERND
 SALADIN PETER
 SALIN EDGAR/
 BURCKHARDT LUKAS
 SCHLUEP WALTER R.
- Tarifautonomie und gerichtliche Zwangsschlichtung, Konstanz 1973 (zit. Gerichtliche Zwangsschlichtung)
 – Kollektives Arbeitsrecht und Wettbewerbsordnung, WuW 30 (1980) 392ff. (zit. Kollektives Arbeitsrecht und Wettbewerbsordnung)
 Grundrechte im Wandel, 2. A. Bern 1975
 Gesamtarbeitsvertrag, in: Handbuch der Schweizerischen Volkswirtschaft, Bd. I, 2. A. Bern 1955, 548ff.
 Mitbestimmung? Bemerkungen zum Verhältnis von Aktiengesellschaft, Unternehmen und öffentlichen Interessen, in: Lebendiges Aktienrecht, Festgabe zum 70. Geburtstag von Wolfhart Friedrich Bürgi, hrsg. von Max Boemle u.a., Zürich 1971, 311ff. (zit. Mitbestimmung?)
 – Eigentumsgarantie und Mitbestimmung, in: Festgabe Franz Josef Jeger, hrsg. von Arthur Häfliger u.a., Solothurn 1973, 425ff. (zit. Eigentumsgarantie und Mitbestimmung)
 – Wirtschaftsrecht: Wesen, Aufbau, Merkmale, Formen und Stellung im Rechtssystem, in: Zum Wirtschaftsrecht, Bern 1978, 1ff. (= Was ist Wirtschaftsrecht? in: Festschrift für Walther Hug, Bern 1968, 66ff.) (zit. Wirtschaftsrecht)
 – Überbordungsgefahren von Arbeitskonflikten in unserer Zeit, in: Zum Wirtschaftsrecht, Bern 1978, 177ff.
 – Arbeits- und gesellschaftsrechtliche Konsequenzen einer auf Mitbestimmung gründenden Unternehmensverfassung, in: Zum Wirtschaftsrecht, Bern 1978, 206ff. (= SAG 49 [1977] 77ff.) (zit. Konsequenzen)
 – Wirtschafts- und Sozialverfassung, in: Sonderheft Totalrevision der Bundesverfassung, ZSR 97 (1978) I 335ff. (zit. Wirtschafts- und Sozialverfassung)
 – Grundzüge des Entwurfs der Expertenkommission zur Revision des BG über Kartelle und ähnliche Organisationen, ZBJV 115 (1979) 65ff.
 Das Günstigkeitsprinzip im deutschen und schweizerischen Arbeitsrecht, Diss. Fribourg 1969
- SCHMIDT GERHARD
 SCHÜRMANN LEO
- Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 20. Dezember 1962, Textausgabe mit Erläuterungen und Sachregister, Zürich 1964 (zit. Kommentar)
 – Wettbewerb und Gemeinwohl, in: Festgabe für Henri Deschenaux zum 70. Geburtstag, Fribourg 1977, 531ff.
 – Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 1978
- SCHWEINGRUBER EDWIN
- Entwicklungstendenzen in der Praxis des Gesamtarbeitsvertrages, ZBJV 83 (1947) 193ff. (zit. Entwicklungstendenzen)
 – Friedenspflicht und Konfliktserledigung, Zürich 1979 (zit. Friedenspflicht)
- SCHWEINGRUBER EDWIN/
 BIGLER F. WALTER
- Kommentar zum Gesamtarbeitsvertrag mit Einschluss der Allgemeinverbindlicherklärung, 2. A. Bern 1972
- Schweizerischer Verband evangelischer Arbeitnehmer/
 ISLER HEINRICH/
 HUG WALTHER
 SÖLLNER ALFRED
 STAHLHACKE EUGEN
- Absolute Schiedsgerichtsbarkeit in Gesamtarbeitsverträgen, Zürich 1979 (zit. SVEA)
 Arbeitsrecht, 6. A. Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1978
 Die Beeinflussung der Effektivlöhne durch Tarifverträge, RdA 1962 223ff.
- STAUFFACHER WERNER
- Mitbestimmung im Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1974 (zit. Mitbestimmung im VR der AG)
 – Gefährdet Mitbestimmung den Arbeitsfrieden? Zürich 1975 (zit. Arbeitsfriede)
 – Mitbeteiligung der Arbeitnehmer, Zürich 1977 (zit. Mitbeteiligung)
- STÖCKLI JEAN-FRITZ
- Schutz gegen koalitionsfeindliche Massnahmen, in: Gegenwartsprobleme der Koalitionsfreiheit, hrsg. von Münir Ekonomi und Manfred Reh binder, Bern 1979, 54ff.
- STRENG OTTO-HERBERT
- Tarifvertrag und Einzelarbeitsverhältnis, Diss. Erlangen-Nürnberg 1963
- SULLIVAN LAWRENCE ANTHONY
- Handbook of the Law of Antitrust, St. Paul 1977

- TEICHMANN ULRICH Wirtschaftspolitik, München 1979
 THALMANN-ANTENEN Die Institution der Sozialgerichtsbarkeit, Zürich 1973
 HELENE
- TRÖSTER KLAUS Die individuelle und kollektive Gestaltung des Arbeitsverhältnisses,
 Diss. Fribourg 1965
- TSCHUDI HANS-MARTIN Die Gestaltung der Arbeitsverhältnisse durch die Sozialpartner des
 schweizerischen Baugewerbes, Zürich 1979
- TUCHTFELDT EGON Konzepte der Wettbewerbspolitik, in: Recht und Wirtschaft heute,
 Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer, Bern 1980, 549ff.
- USTERI MARTIN Das Verhältnis von Staat und Recht zur Wirtschaft in der Schweizeri-
 schen Eidgenossenschaft, Zürich 1981
- VISCHER FRANK Streik und Aussperrung in der Schweiz, WuR 33 (1981) 5ff.
- VON STEIGER WERNER Probleme des Mitbestimmungsrechtes der Arbeitnehmer, ZBJV 91
 (1955) 1ff.
- WIEDEMANN HERBERT/ Tarifvertragsgesetz, 5. A. München 1977
 STUMPF HERMANN
- WLOTZKE OTFRIED Das Günstigkeitsprinzip im Verhältnis des Tarifvertrags zum Einzelar-
 beitsvertrag und zur Betriebsvereinbarung, Heidelberg 1957
- ZANETTI BERNARDO Gesamtarbeitsvertrag und Allgemeinverbindlicherklärung II, SJK Nr.
 842, Stand Ende 1958
 – Vorschlag für ein Mitwirkungsgesetz, Separatdruck aus der Schwei-
 zer Rundschau 5/1976, 5ff. (zit. Mitwirkungsgesetz)
 – Gesamtarbeitsvertrag und Friedenspflicht, WuR 33 (1981) 30ff. (zit.
 Friedenspflicht)

Abkürzungen

A.	Auflage
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
a.M.	andere Meinung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Tübingen)
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Nachschlagewerk des deutschen Bundesarbeitsgerichts)
ArbG	Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) (SR 822.11)
Art.	Artikel
AVE	Allgemeinverbindlicherklärung
AVEG	Bundesgesetz vom 28. September über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (SR 221.215.311)
BAG	deutsches Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebs-Berater (Heidelberg)
BBl.	Bundesblatt
Bd.	Band
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGr.	Bundesgericht
bilanz	Schweizer WirtschaftsRevue und Schweizerische Finanzzeitung (Zürich)
BR	Bundesrat
Bsp.	Beispiel
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (SR 101)
BVerfG	deutsches Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheide des deutschen Bundesverfassungsgerichts
ders.	derselbe
Die AG	Die Aktiengesellschaft (Hamburg)
Diss.	Dissertation
d.h.	das heisst
ebd.	Ebd.
EEG	Bundesgesetz vom 12. Februar 1949 über die Eidgenössische Einigungsstelle zur Beilegung von kollektiven Arbeitsstreitigkeiten (SR 821.42)
Einl.	Einleitung
e.V.	eingetragener Verein
f., ff.	und folgende
FabrikG	Bundesgesetz vom 18. Juni 1914 betreffend die Arbeit in den Fabriken (SR 821.41)
FN	Fussnote
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
GG	Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland
gl.M.	gleiche Meinung
GR	Gewerkschaftliche Rundschau (Bern)
HGF	Handels- und Gewerbefreiheit
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
insb.	insbesondere
KG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1962 über Kartelle und ähnliche Organisationen (SR 25.251)
lit.	litera

LMV	Landesmantelvertrag
MaschSchr.	Maschinenschrift
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
N	Note
NAV	Normalarbeitsvertrag
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München und Frankfurt a.M.)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
Pbk	Preisbildungskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements
Oberger. ZH	Obergericht des Kantons Zürich
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
RdA	Recht der Arbeit (München und Berlin)
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft (Zürich)
SGB	Schweizerischer Gewerkschaftsbund
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek (Genf)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SKV	Schweizerischer Kaufmännischer Verband
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SVEA	Schweizerischer Verband evangelischer Arbeitnehmer
TVG	Tarifvertragsgesetz der Bundesrepublik Deutschland
u.a.	unter anderem
U.S.	United States Reports (Entscheidungssammlung des U.S. Supreme Court)
U.S.C.A.	United States Code Annotated (Kommentierte amerikanische Gesetzessammlung)
v.	versus (gegen)
VE	Verfassungsentwurf der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
VPOD	Verband des Personals öffentlicher Dienste
VR	Verwaltungsrat
WuR	Wirtschaft und Recht (Zürich)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Düsseldorf)
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZGS	Zürcher Gesetzessammlung
zit.	zitiert
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)

Einleitung

Anstoss zu dieser Arbeit gab die im Zuge der Revision des Kartellgesetzes wieder aufgelebte Diskussion, ob die Ausklammerung des Arbeitsmarktes aus dem sachlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes gerechtfertigt sei. Die Beantwortung dieser Frage führt zur näheren Betrachtung der Stellung des kollektiven Arbeitsrechts als Teil des Wirtschaftsrechts.

Die Regelung der Arbeitsverhältnisse erfolgt sowohl durch individuelle Gestaltung in Form von Einzelarbeitsverträgen als auch durch kollektive Vereinbarungen in Form von Gesamtarbeitsverträgen. Die Gesamtvereinbarungen haben dabei als Ordnungsprinzip des Arbeitsmarktes eine überragende Bedeutung. Die Koordination eines Marktes durch Gesamtvereinbarungen bildet in unserem Wirtschaftssystem eine Ausnahme. Sie ist darauf zurückzuführen, dass das Wettbewerbssystem sich zur Koordination des Arbeitsmarktes nicht eignet, weil die Arbeitskraft aus verschiedensten Gründen als besonderes Wirtschaftsgut erscheint.

Im ersten Teil soll deshalb die Sonderstellung des kollektiven Arbeitsrechts im wirtschafts(verfassungs)rechtlichen Zusammenhang dargestellt werden. Neben die Begründung der Sonderstellung und die Charakterisierung des arbeitsmarktlichen Gesamtvereinbarungssystems wird der Vergleich zum gütermarktlichen Wettbewerbssystem treten. Dabei geht es vor allem darum, die Probleme des Machtmissbrauchs – Parallelen und Unterschiede zum Gütermarkt – und deren rechtliche Behandlung etwas näher zu beleuchten.

Der zweite Teil behandelt die Tarifautonomie als eines der grundlegenden Rechtsinstitute der arbeitsmarktlichen Gesamtvereinbarungen. Anhand von Einzelproblemen werden dabei die Funktionsvoraussetzungen und Grenzen der Tarifautonomie unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten genauer betrachtet: Die Korrelation zwischen Gesamtvereinbarungen und Wettbewerb und die Bereitschaft zum Arbeitskampf und zu sozialer Druckausübung sind hier die Stichworte bei den Funktionsvoraussetzungen; das Günstigkeitsprinzip, die Abgrenzung der Tarifautonomie zum Kartellgesetz und jene zur Unternehmerfunktion (Mitbestimmung) die Stichworte bei den Grenzen der Tarifautonomie.

Das Thema unterliegt zwei Einschränkungen. Erstens steht die Tarifautonomie im Vordergrund; Koalitions- und Arbeitskampffreiheit werden nur im Gesamtzusammenhang berücksichtigt. Und zweitens geht es gewollt um eine spezifisch wirtschaftsrechtliche Betrachtungsweise der Tarifautonomie, auch auf die Gefahr hin, dass andere Aspekte – insbesondere der persönlichkeitsrechtliche – zu kurz kommen.

Erster Teil:

Sinn und Zweck der arbeitsrechtlichen Gesamtvereinbarungen

§ 1 Kollektives Arbeitsrecht und Wirtschaftsordnung

I. Kollektives Arbeitsrecht als Teil des Wirtschaftsrechts

A. Ausgangspunkt

Versteht man unter Wirtschaftsrecht das «Recht der wirtschaftlichen Koordination»¹ oder das «Recht der Wirtschaftsordnung»², so ist das kollektive Arbeitsrecht – obwohl eine Sonderstellung einnehmend – ohne Zweifel ein Teil desselben³. Das Wirtschaftsrecht normiert die wirtschaftliche Tätigkeit, das Wirtschaften⁴, allgemein verstanden als die Tätigkeit, «die auf die Erlangung der Verfügung über oder die Beschaffung von wirtschaftlichen⁵ Gütern gerichtet ist»⁶. Es ist Aufgabe des Wirtschaftsrechts, dieses Wirtschaften zu organisieren und zu koordinieren⁷. Es muss entschieden werden, welche der zur Verfügung stehenden Koordinationstypen zur Anwendung gelangen sollen im Hinblick auf die Erreichung der übergeordneten Ziele, denen die Wirtschaft zu dienen hat⁸. Diese Grundentscheidung durch rechtliche Normen zu verwirklichen, ist Zweck und Inhalt des Wirtschaftsrechts⁹.

Wirtschaftliche Tätigkeit im soeben definierten Sinn ist auch die menschliche Arbeit. Verfügung über Arbeitskraft für den Arbeitgeber und Erlangung eines Anteils am Volkseinkommen in Form von Lohn für den Arbeitnehmer sind dabei die Hauptziele des Güteraustausches. Die Normen des kollektiven Arbeitsrechts bilden mit das rechtliche Fundament des Arbeitsmarkts.

1 SCHLUEP, Wirtschaftsrecht 10.

2 Ebd. 10.

3 SCHLUEP, Überbordungsgefahren 179; GYGI 135 und wohl auch MATHYS 59, der im Titel des 2. Teils von «kollektivem Wirtschaftsrecht» spricht; REHBINDER 19 und HOHN 88ff., die jedoch mehr Gewicht auf die Zuordnung der Arbeitsverfassung zur Wirtschaftsverfassung legen.

4 SCHLUEP, Wirtschaftsrecht 7.

5 Im Sinne von knappen Gütern, vgl. AMONN 18.

6 AMONN 19; vgl. auch SCHLUEP, Wirtschaftsrecht 6.

7 SCHLUEP, Wirtschaftsrecht 7.

8 JÖHR 232.

9 SCHLUEP, Wirtschaftsrecht 11.

B. *Grundbegriffe*

Der Begriff des Wirtschaftsrechts und damit auch die Stellung des kollektiven Arbeitsrechts im wirtschaftlichen Sinn lassen sich besser verstehen, wenn man sie in einen grösseren Zusammenhang stellt. Dabei müssen einige Grundbegriffe – nämlich jene des Wirtschaftssystems, der Wirtschaftsordnung und der Wirtschaftsverfassung – vorab geklärt werden¹⁰.

1. *Wirtschaftssystem*

Unter Wirtschaftssystem versteht man die Art, wie die Leistungen in der Volkswirtschaft koordiniert werden. Zur Verfügung stehen das System der Marktwirtschaft, der Zentral- oder Planwirtschaft sowie jenes der Gesamtvereinbarungen.

2. *Wirtschaftsordnung*

Die grundsätzliche Gestaltung des Wirtschaftslebens wird als Wirtschaftsordnung bezeichnet. Gestaltet werden müssen dabei das Koordinationssystem unter Berücksichtigung der Subordination sowie der Eigentumsordnung.

3. *Wirtschaftsverfassung*

Das rechtliche Fundament der Wirtschaftsordnung bildet die Wirtschaftsverfassung. Dabei scheint es zweckmässig, unter den Begriff der Wirtschaftsverfassung nicht alle wirtschaftsrechtlichen Normen zu subsumieren¹¹, sondern die Wirtschaftsverfassung als Hauptteil des Wirtschaftsrechts¹² zu behandeln, welche durch dieses ausgeführt oder gestaltet wird (oder beides), je nach den konkreten Normen der Wirtschaftsverfassung¹³.

10 Angeknüpft wird dabei an WALTER ADOLF JÖHR, der diese Begriffe in einem Diskussionsvotum an der 104. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins sehr kurz und prägnant umschrieben hat, vgl. ZSR 89 (1970) II 915ff.

11 So wohl JÖHR, a.a.o. 916.

12 SCHLEIF, Wirtschaftsrecht 13: «Die Wirtschaftsverfassung ist die zur rechtlichen Geltung erhobene politische Grundentscheidung über das Koordinationssystem der Wirtschaft».

13 Dazu ausführlich ebd. 13ff.

II. *Das Koordinations- und das Subordinationsproblem*

A. *Grundlegung*

Das Wirtschaftsrecht muss zur Ordnung der Wirtschaft zwei Probleme lösen: jenes der Koordination und jenes der Subordination¹⁴. Das Koordinationsproblem ist allgemein erkannt und wurde grundlegend behandelt von EUCKEN¹⁵. Die einzelnen wirtschaftlichen Tätigkeiten der Wirtschaftssubjekte müssen durch ein System geordnet werden. JÖHR hat jedoch dargelegt, dass sich das Problem nicht in der Koordination erschöpft; Koordination muss vielmehr im Hinblick auf die Erreichung übergeordneter Ziele erfolgen¹⁶.

Die beiden Probleme müssen gemeinsam gelöst werden. Dabei ist davon auszugehen, dass die zur Verfügung stehenden Koordinationstypen von der Natur der Sache her beschränkt sind, die Ziele theoretisch nicht¹⁷. Hinzu kommt, dass für die Wahl eines bestimmten Koordinationssystems oft gar kein Spielraum bleibt, dann nämlich, wenn ein Wirtschaftssystem «gewachsen» ist und nicht «gesetzt» wurde¹⁸. Aus diesen Gründen ist es gerechtfertigt, das Koordinationsproblem vorweg zu untersuchen.

B. *Das Koordinationsproblem*

Wie sich bereits aus dem Wort Koordination ergibt, muss für das Wirtschaften eine Ordnung gefunden werden. Es geht darum, «die verschiedenen Tätigkeiten der einzelnen Wirtschaftssubjekte aufeinander abzustimmen»¹⁹. Zu entscheiden ist, wer Wirtschaftspläne aufstellen und durchführen darf²⁰. Zwei gegensätzliche Systeme bieten sich zur Lösung des Koordinationsproblems an: Entweder wird ein Plan von einer zentralen Stelle diktiert oder es ist mehreren – im Idealfall jedem Einzelnen – freigestellt, ihre Wirtschaftspläne zu erstellen. In diesem Fall erfolgt die Koordination durch Wettbewerb über die Märkte. Man spricht alsdann vom System der Marktwirtschaft, im anderen Fall vom System der Planwirtschaft.

Zu diesen beiden wird als drittes Koordinationssystem jenes der Gesamtvereinbarungen gerechnet²¹. Obwohl als selbständiger Koordinationstypus angesehen, bleibt den Gesamtvereinbarungen lediglich die Auf-

14 Grundlegend JÖHR 231ff.

15 EUCKEN 69ff.

16 JÖHR 232.

17 Vgl. sogleich B. und C.

18 Dazu EUCKEN 51ff.

19 JÖHR 232.

20 EUCKEN 69ff., insb. 78f.

21 JÖHR 257ff.; SCHLUEP, Wirtschaftsrecht 10f.

gabe, die beiden anderen Systeme zu ergänzen und dort zu ersetzen, wo diese nicht funktionieren²². Der Komplexität des modernen Wirtschaftslebens kann die Koordination durch Gesamtvereinbarungen normalerweise nicht gerecht werden²³. Es wird deshalb heute²⁴ immer noch davon ausgegangen, dass die Grundsatzentscheidung für die Ausgestaltung der Wirtschaftsordnung zwischen Wettbewerb und zentraler Leitung zu erfolgen hat²⁵.

Der Entscheid für das eine System und gegen das andere ist in erster Linie ein politischer. Es ist hier nicht der Ort, in die ausgiebige Diskussion um das Für und Wider der beiden Systeme einzugreifen. Im folgenden wird zum Ausgangspunkt, dass die schweizerische Wirtschaftsordnung auf dem System der Marktwirtschaft beruht. Dabei ist hier keine Wertung am Platz. Wichtig ist aber, sich folgendes vor Augen zu halten: Es ist die Aufgabe des Wirtschaftsrechts, den politischen Grundentscheid durch Normierung des Koordinationstypus in die Rechtsordnung zu integrieren²⁶.

C. *Das Subordinationsproblem*

Wirtschaft ist keine Veranstaltung um ihrer selbst willen. Sie hat übergeordneten Zielen zu dienen²⁷. Die wichtigsten Ziele lassen sich dabei einteilen in solche, die die Güterproduktion und die Bedürfnisbefriedigung an sich betreffen, und in solche, die den Ablauf des Produktionsprozesses betreffen. Die Güterproduktion als solche zielt auf die Wohlstandsmaximierung²⁸, die gerechte Verteilung der Güter sowie auf die soziale Sicherheit. Der Produktionsprozess selbst soll so gestaltet werden, dass er den Prinzipien der individuellen Freiheit, der Vollbeschäftigung und der «Stabilität des wirtschaftlichen Standortes»²⁹ gerecht wird. Die rechtliche Normierung des Koordinationstypus hat mit Blick auf die Verwirklichung dieser Ziele zu erfolgen³⁰.

Wie der Grundsatzentscheid ist auch der Entscheid, welche Ziele innerhalb des gewählten Koordinationstypus wünschenswert sind und wie

22 Ausführlich JÖHR 257ff.

23 JÖHR 258; SCHLUEP, Wirtschaftsrecht 11.

24 Fast ausschliesslich unter Berufung auf EUCKEN 50ff., 69ff.

25 Die Behauptung, es seien nur zwei Systeme möglich, ist nicht unumstritten. Vgl. dazu KLEINWITERS-PRISTER 143f. Dort findet sich auch eine kurze und prägnante Charakterisierung und Gegenüberstellung der zwei Ordnungsmodelle, ebd. 144ff. Ausführlicher JÖHR 240ff.

26 SCHLUEP, Wirtschaftsrecht 11.

27 Vgl. zum folgenden JÖHR 232ff.; TEICHMANN 13ff.

28 Darin eingeschlossen und selbstverständlich allererstes – wenn auch in unserem System momentan nicht aktuelles – Ziel ist die Existenzsicherung.

29 JÖHR 236.

30 SCHLUEP, Wirtschaftsrecht 19.

diese optimal verwirklicht werden können, politischer Natur. Er ist Gegenstand der Wirtschaftspolitik³¹. Anders als beim Grundsatzentscheid über ein bestimmtes Koordinationssystem ergeben sich hier ständig Probleme, wobei insbesondere die Volkswirtschaftslehre und die Jurisprudenz bei der Lösung zur Mithilfe aufgerufen sind³². Da verschiedene der genannten Ziele im Verhältnis der Antinomie³³ stehen, geht es rechtspolitisch bei der Setzung konkreter Normen immer um das Problem der Güterabwägung und des Interessenausgleichs. Immerhin ergibt sich aus der gesamten Rechtsordnung bereits eine grundsätzliche Wertung der einzelnen Ziele, welche letztlich zum Postulat der Gemeinwohlbezogenheit des Wirtschaftsrechts führt³⁴.

D. Die Wirtschaftsordnung in der Realität

Die reine Verwirklichung sowohl des Wettbewerbssystems als auch des Plansystems ist Theorie: «Typisch für die modernen westlichen Koordinationssysteme ist weithin eine Mischung zwischen Wettbewerb, Plan und Gruppenvereinbarung»³⁵. Es entstehen Teilordnungen³⁶, weil die anvisierten Ziele – z.B. Freiheit und Sicherheit – sich gegenseitig ausschliessen und so ein Koordinationssystem für ein Teilgebiet diesen Zielen nicht gerecht werden kann. Zudem kann ein Typus an sich für die Organisation eines Wirtschaftszweiges oder Marktes ungeeignet sein. Diese Gründe treffen zu für den Arbeitsmarkt, weshalb für die Koordination des Austausches menschlicher Arbeit eine eigene, auf Gesamtvereinbarungen beruhende Teilordnung mit der entsprechenden Arbeitsverfassung entstanden ist³⁷.

III. Die schweizerische Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsverfassung

A. Wirtschaftsordnung

Es ist unumstritten, dass das System der Koordination durch Wettbewerb für die schweizerische Wirtschaftsordnung konstitutiv ist³⁸. Man spricht deshalb von einer (sozialen) Marktwirtschaft. Grundsätzlich erzielt

31 SCHLUEP, Wirtschafts- und Sozialverfassung 355; TEICHMANN 1ff.

32 TEICHMANN 1f. bezeichnet die Meinung, die Formulierung der Ziele sei der Politik zu überlassen und die Ökonomie habe lediglich die Instrumente zu liefern, als überkommen. Dasselbe meint wohl JÖHR 239, wenn er sagt, die Zielsetzungen bedürften einer sozialphilosophischen Fundierung.

33 Für viele JÖHR 238, welcher ausführt, dies gelte sogar für die Mehrzahl der Ziele.

34 Dazu SCHLUEP, Wirtschaftsrecht 19; SCHÜRMANN, Wettbewerb und Gemeinwohl 536ff.; HOHN 88ff.

35 SCHLUEP, Überbordungsgefahren 178.

36 EUCKEN 52f., 57f.

37 Dazu hinten §§ 2 und 3. Das andere oft zitierte Bsp. ist jenes der Landwirtschaft. Tatsächlich beruht die schweizerische Landwirtschaftspolitik zum grossen Teil auf staatlicher Lenkung. Vgl. dazu SCHÜRMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht 116ff.

38 Vgl. z.B. ausführlich KLEINWEFERS/PFISTER 95ff.

man mit der Koordination durch Wettbewerb im Hinblick auf die übergeordneten Ziele (Vermehrung des Wohlstands, Freiheit, Gerechtigkeit usw.) die besten Ergebnisse³⁹. In bezug auf einzelne Zielsetzungen kommt der Staat jedoch nicht darum herum, mit flankierenden wirtschaftspolitischen Massnahmen einzugreifen. Es kann sogar soweit kommen, dass die Koordination durch Wettbewerb überhaupt scheitert: sei es, dass der Wettbewerbsmechanismus ausgeschaltet wird, sei es, dass er für einen bestimmten Markt an sich ungeeignet ist. Dies führt dazu, dass der Staat korrigierend eingreifen muss. Er hat die Lauterkeit des Wettbewerbs zu gewährleisten und gegen unangemessene Wettbewerbsbeschränkungen einzuschreiten⁴⁰ oder auf bestimmten Märkten die Koordination durch Plan oder Gesamtvereinbarungen zu ermöglichen. Unsere Wirtschaftsordnung ist also gemischt und lässt sich daher zutreffend als «staatlich gelenkte und durch kooperative Vereinbarungen ergänzte Marktwirtschaft»⁴¹ charakterisieren.

Paradebeispiel für die Koordination durch Gesamtvereinbarungen ist der Arbeitsmarkt, denn «bekanntlich funktioniert der Wettbewerbsmechanismus auf dem Arbeitsmarkt nicht»⁴². Weshalb dem so ist, ist später Thema ausführlicher Darlegungen⁴³. Hier soll der Hinweis genügen, dass die Koordination des Arbeitsmarkts durch Gesamtvereinbarungen – das sog. «Zwei-Fronten-Prinzip»⁴⁴ – insbesondere im Hinblick auf die Existenzsicherung des Einzelnen und auf die verteilende Gerechtigkeit bessere Ergebnisse zeitigt als der freie Wettbewerb.

Entsprechend den Anforderungen unserer Wirtschaftsordnung ist auch die Rechtsordnung gestaltet. Sie garantiert als rechtliche Funktionsvoraussetzungen des Wettbewerbs die Handels- und Gewerbefreiheit, die Privatautonomie (Vertrags- und Assoziationsfreiheit) und das Privateigentum. Sie greift aber auch immer mehr ordnend und lenkend in den Produktionsprozess ein; dies aufgrund von sich in letzter Zeit mehrenden wirtschaftspolitischen Normen, wobei für den Wettbewerb insbesondere das Kartellrecht von überragender Bedeutung ist. Für die Koordination durch Gesamtvereinbarungen sind andere rechtliche Institute nötig. Voraussetzungen sind hier die Gewährleistung der Koalitions- und Streikfreiheit, der Tarifautonomie sowie die Möglichkeit der Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen.

39 Ausführlicher Nachweis bei JÖHR 246ff.

40 SCHLUEP, Überbordungsgefahren 178. Es geht um die «Erhaltung, Steuerung und Korrektur des Wettbewerbsprozesses», so *der v.* Wirtschafts- und Sozialverfassung 355.

41 JÖHR 260.

42 SCHLUEP, Überbordungsgefahren 179.

43 Vgl. hinten §§ 2 und 3.

44 BÖHM 1.

Stark umstritten ist der Inhalt der schweizerischen Wirtschaftsverfassung, was angesichts der Einigkeit über die Charakterisierung der Wirtschaftsordnung überrascht. Historischer Ausgangspunkt ist die Handels- und Gewerbefreiheit. Sie wird gerne als Kern der schweizerischen Wirtschaftsverfassung und als leitendes Prinzip bezeichnet⁴⁵. Dies führt zur Herleitung der Wirtschaftsverfassung aus dem traditionellen Verständnis der Handels- und Gewerbefreiheit als Grundrecht. Die Handels- und Gewerbefreiheit gilt als «nach Massgabe der Verfassung gewährleistet»⁴⁶. Die Wirtschaftsverfassung beruht danach auf der Freiheit, und ihr Inhalt bleibt nicht näher zu umschreiben. Gestaltet werden darf sie nur, soweit der Staat dazu ermächtigt wird⁴⁷. Immerhin wird das klassische Grundrechtsverhältnis insofern relativiert, als man der Handels- und Gewerbefreiheit doch eine gewisse «institutionelle Tragweite» in einem System zuspricht⁴⁸. Die Bezeichnung der Wirtschaftsordnung als Wettbewerbswirtschaft oder als soziale Marktwirtschaft wird aber abgelehnt.

Dieses Verständnis der «Wirtschaftsverfassung der Handels- und Gewerbefreiheit»⁴⁹ ist in letzter Zeit starker Kritik unterworfen. Einmal dürfte es wohl so sein, dass der historische Verfassungsgeber davon ausging, die Handels- und Gewerbefreiheit werde das System der freien Konkurrenz gewährleisten⁵⁰. Zum anderen hat sich das traditionelle Verständnis als den Anforderungen an eine moderne Wirtschaftspolitik nicht gewachsen gezeigt⁵¹. Deshalb gewinnt die von GYGI zur Diskussion gebrachte Konzeption einer «marktorientierten und sozialverpflichteten Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung»⁵² und einer «Wirtschaftsverfassung der Wirtschaftspolitik»⁵³ immer mehr an Gewicht. Es ist ihr Verdienst, dem durch die Handels- und Gewerbefreiheit zuweilen überbetonten Ziel der individuellen Freiheit vermehrt das Gesamtinteresse gegenüberzustellen.

Die Rechtsprechung zu dieser Frage ist uneinheitlich. Das Bundesgericht betont in diesem Entscheid mehr die individuelle Seite der Handels-

45 So SCHÜRMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht 13, 14; ähnlich MARTI 27; USTERI 6ff.

46 SCHÜRMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht 14.

47 Ebd. 14.

48 Ebd. 14f.

49 GYGI 61.

50 SALADIN 220; BÜHLMANN 179; SCHÜRMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht 13 mit weiteren Nachweisen.

51 Vgl. die eingehende Kritik der Expertenkommission 73f.; SCHLUEP, Wirtschafts- und Sozialverfassung 360f.

52 GYGI 105, 149.

53 Ebd. 102ff.

und Gewerbefreiheit, im nächsten mehr die institutionelle⁵⁴. Die unter dem Einfluss des alten Kartellgesetzentwurfes ergangene «Vertglas»-Entscheidung zeigt immerhin recht konkrete Ansätze zu einem neuen Verständnis der Handels- und Gewerbefreiheit⁵⁵.

Die Diskussion ist noch nicht abgeschlossen⁵⁶. Und obwohl die Standpunkte so verschieden nicht sind⁵⁷, hat die Entscheidung dieser Frage doch gewichtige praktische Auswirkungen. Klar tritt dies beispielsweise bei der ordnungspolitischen Einordnung der Arbeitsverfassung in die Wirtschaftsverfassung zutage. Nach der Theorie der Wirtschaftsverfassung der Handels- und Gewerbefreiheit müsste das kollektive Arbeitsrecht als Teil der Arbeitsverfassung eine Ausnahme der Handels- und Gewerbefreiheit sein. Die Einordnung der Arbeitsverfassung in die Wirtschaftsverfassung lässt sich von da her gar nicht bewerkstelligen. Deshalb leuchtet in der geltenden Bundesverfassung die «Sozial- und Arbeitsordnung nur punktuell auf»⁵⁸. Geht man aber von einer Wirtschaftsordnung aus, die zur Wahrung der Sozialverpflichtung auf dem Arbeitsmarkt der Koordination durch Gesamtvereinbarungen den Vorzug gibt vor dem grundsätzlichen Ordnungssystem Wettbewerb, lassen sich aus der Gegenüberstellung der beiden Systeme Rückschlüsse auf Verfassungsebene für die Auslegung konkreter Ordnungsnormen gewinnen. Es stellt sich dann weder die Frage des Verhältnisses zwischen Gesamtarbeitsvertrag und Handels- und Gewerbefreiheit noch der Unterordnung der Arbeitsverfassung unter die Handels- und Gewerbefreiheit, sondern jene nach dem institutionellen Verhältnis der Gesamtvereinbarungen als dem einen Koordinationssystem und Wettbewerb als dem ande-

54 Vgl. SALADIN 216ff.

55 BGE 86 II 365ff. Vgl. dazu SALADIN 264; BÜHLMANN 186.

56 Bezeichnend dabei ist, dass beide Seiten für sich in Anspruch nehmen, die h.L. zu sein, vgl. z.B. SCHÜRMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht 14 und Expertenkommission 73. Vgl. neuestens den ausgezeichneten Überblick über den Stand der Diskussion in der Botschaft des BR zu einem neuen KG, BBl. 1981 II 1370ff.

57 Auch wenn USTERI 6 meint, man könne den Standpunkt GYGIS und der Expertenkommission «nicht scharf genug zurückweisen». So ist z.B. das traditionelle Grundrechtsverständnis der HGF bei SCHÜRMANN wohl weniger Ausfluss des Freiheitsgedankens als seiner rein instrumentalentalen Wettbewerbsauffassung, vgl. ausführlich SCHÜRMANN, Wettbewerb und Gemeinwohl 536ff.

Die Standpunkte haben sich bei der Diskussion um die Konzeption der Wirtschaftsordnung des Verfassungsentwurfes zwar nochmals polarisiert. Die in diesem Zusammenhang erfolgten Bekenntnisse zur HGF sind aber vornehmlich Angriffe auf die Offenheit des Entwurfs, z.B. HANS MARTI, Die Wirtschaftsfreiheit im Expertenverfassungsentwurf, in: Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979, Bern und Stuttgart 1979, 391ff.; HILGO SIEMER, Wirtschaftspolitische Betrachtungen zur Revision der Bundesverfassung, Zürich 1978. Dass die Relativierung der Bedeutung der HGF aber keineswegs einen Freiheitsverlust und eine offene Wirtschaftsverfassung im Sinne des Entwurfs nach sich ziehen muss und bei vernünftiger Anwendung auch im Rahmen des geltenden Rechts gute Dienste leisten kann, wird nachgewiesen bei SCHLUEP, Wirtschafts- und Sozialverfassung 335ff.

58 Expertenkommission 60.

ren (und somit des kollektiven Arbeitsrechts und der Kartellgesetzgebung als deren Ordnung)⁵⁹. So verstanden können aus der geltenden Wirtschaftsverfassung auch für die entsprechenden privatrechtlichen Normen auf diese Grundordnung ausgerichtete Auslegungsprinzipien gefunden werden⁶⁰. Diese führen zu einer Betrachtungsweise, die die wirtschaftsrechtlichen Normen an den Prinzipien der Funktionalität und Institutionalität misst⁶¹.

§ 2 **Arbeitsmarkt und Wettbewerb**

I. Markt

Die volkswirtschaftliche Definition des Begriffes «Markt» lautet dahin, dass dieser zu verstehen sei als «die gedankliche Zusammenfassung aller Geschäftsbeziehungen zwischen Käufern und Verkäufern (Nachfrage und Angebot) hinsichtlich eines Gutes oder einer Gruppe von Gütern (einschliesslich Dienst- und anderen Leistungen) innerhalb eines bestimmten Gebietes und Zeitraumes»¹. Auf eine Kurzform gebracht ist der Markt der Ort, wo Angebot und Nachfrage zusammentreffen.

Für den Stellenwert des Marktes in der Wirtschaftsordnung ist damit noch nichts gewonnen. Immerhin erhellt diese Definition bereits, dass der Markt das Forum des Wettbewerbs ist. Deshalb ist die Bedeutung des Marktes für eine Konkurrenzwirtschaft überragend: «Er ist das entscheidende Bauelement der Marktwirtschaft»². Die Koordination der Einzelpläne erfolgt in der Verkehrswirtschaft autonom durch jeden Einzelnen und unabhängig von staatlichem Einfluss über die Märkte³. So leuchtet ein, weshalb unser Wirtschaftssystem das Wort «Markt» in seiner Namensgebung als Flaggschiff benützt.

Es ist für uns wichtig, den Markt nach Art der zum Tausch stehenden Güter einzuteilen. Der Arbeitsmarkt wird dabei üblicherweise dem Gütermarkt gegenübergestellt. Auf dem Arbeitsmarkt wird die menschliche Arbeitsleistung zum Tausch angeboten, und zwar in der Regel gegen Geld⁴. Dabei ist Tauschobjekt die unselbständige Arbeit, die insofern gegenüber

59 GYGI 159ff., insb. 163.

60 WALTER R. SCHLUEP, SJZ 76 (1980) 290 (Besprechung von SCHÜRMAN, Wirtschaftsverwaltungsrecht).

61 Dazu SCHLUEP, Wirtschaftsrecht 20ff.; *ders.*, Überbordungsgefahren 179; HOHN 90.

1 MÖLLER 2604f.

2 ARNDT 29.

3 SCHÜRMAN, Wirtschaftsverwaltungsrecht 18; RICHARDI 97, 99, 109.

4 MATHYS 4; MONTANER 200f.

Dienstleistungen Selbständigerwerbender abgegrenzt werden muss⁵. Wie noch zu zeigen sein wird⁶, nimmt die menschliche Arbeit als Tauschobjekt aus verschiedensten Gründen eine Sonderstellung ein, welche auch zur Sonderbehandlung des Arbeitsmarktes führt.

Der Gegenbegriff zum Arbeitsmarkt ist jener der Gütermärkte. Er umfasst alle Tauschobjekte, welche nicht unselbständige Arbeitsleistungen sind; also die materiellen Sachgüter, die Dienstleistungen und die Kapitalien⁷.

II. Wettbewerb

«Der Begriff des Wettbewerbs ist in der Tat ein «ewiges Thema»⁸. Es ist hier nicht der Ort, in diese Diskussion einzugreifen. Das folgende mag genügen: Die Koordination der autonomen Wirtschaftspläne der einzelnen Wirtschaftssubjekte erfolgt über die Märkte. Wettbewerb ist dabei der «Auslese- und Organisationsfaktor des Marktes»⁹. Er ermöglicht, dass der Tausch der wirtschaftlichen Güter im Modellfall ohne staatlichen Eingriff nur nach dem Gesetz von Angebot und Nachfrage erfolgen kann. Wettbewerb besteht darin, dass mehrere – mindestens zwei – um die Gunst eines Dritten (Nachfrager) werben und dieser die freie Wahl zwischen den Werbenden (Anbieter) hat¹⁰.

Wettbewerb wird heute als Entwicklungs- oder Evolutionsprozess verstanden¹¹. Unternehmen versuchen, neue und bessere Produktionsverfahren hervorzubringen. Gelingt ihnen das, können sie den Preis der Konkurrenten unterbieten und gewinnen an Marktmacht. Die unterbotenen Wettbewerber sind ihrerseits gezwungen, in diesem Entwicklungsprozess nachzuziehen und den Marktvorsprung des sog. Innovators auszugleichen oder diesen gar zu überflügeln. Wettbewerb kann somit als ein «sozialer Prozess der Neubildung und Erosion von Macht, die aus grösserer Fähigkeit zur Beherrschung der natürlichen Umwelt fliesst»¹², umschrieben werden.

Aus dieser Umschreibung können auch die Voraussetzungen für das Funktionieren des Wettbewerbs hergeleitet werden. Wettbewerb ver-

5 MATHYS 4f.

6 Vgl. III.

7 SCHÜRMANN, Kommentar 22.

8 TUCHTFELDT 549, der ebd. 558ff. für Juristen sehr anschaulich die Geschichte des Wettbewerbsbegriffes entwickelt und das Wettbewerbsverständnis der führenden Schweizer Volkswirtschaftler und Juristen darlegt.

9 MERZ 4.

10 Sehr anschaulich KUMMER 35f.; MERZ 3.

11 Vgl. zum folgenden HOPPMANN 7ff.; ARNDT 93ff.; TEICHMANN 134 und BÜHLMANN 178f. mit Verweisen. Der von ARNDT 93 erwähnte Anpassungsprozess kann hier ausser acht gelassen werden.

12 HOPPMANN 11.

langt eine Mehrzahl von Konkurrenten, die fähig und bereit sein müssen, sich der Herausforderung des wirtschaftlichen Wettbewerbs (= sog. Wettbewerbsbereitschaft¹³) zu stellen. Und Wettbewerb bedingt, dass der Markt frei von Macht ist, soweit diese nicht auf der Leistung des Innovators beruht – also Grundlage des Wettbewerbs und deshalb nur vorübergehender Natur ist¹⁴. Der Wettbewerb funktioniert dann nicht, wenn Macht es ermöglicht, den Wettbewerb zu beschränken. Wirksamer Wettbewerb besteht dann, wenn die Macht der Marktteilnehmer begrenzt und einigermaßen gleich verteilt ist und somit weder Machtpositionen noch extreme Machtungleichgewichte bestehen¹⁵.

III. *Wettbewerb auf dem Arbeitsmarkt*

Der Arbeitsmarkt regelt Angebot und Nachfrage menschlicher Arbeitsleistungen. Schon früh wurde erkannt, dass die Arbeitskraft sich als Tauschobjekt von den anderen Gütern grundlegend unterscheidet. Auf einen einfachen Nenner gebracht, nimmt der Produktionsfaktor Arbeit «insofern eine besondere Stellung ein, als er mit dem Menschen als Individuum, als Mitglied der Gesellschaft und als Staatsbürger untrennbar verbunden ist. Wenn der Satz, dass die Wirtschaft für den Menschen da sei und nicht umgekehrt, eine Berechtigung haben soll, kann die Arbeit nicht als Ware, losgelöst vom Schicksal der arbeitenden Menschen, betrachtet werden»¹⁶.

Auf dem Arbeitsmarkt findet zwischen den Anbietern der Arbeit und den Nachfragern als Produktionsmitteleignern die Verteilung des Sozialproduktes in Form von Lohn statt. Zwar hat der Lohn als Kostenfaktor auch Einfluss auf das Ziel der Wohlstandsmaximierung; unvergleichbar wichtiger ist aber seine Funktion, in erster Linie die Existenz der Arbeitnehmer zu sichern und in zweiter Linie für eine gerechte Verteilung des erarbeiteten Wohlstands zu sorgen. Für eine Rechtsordnung, die dem Sozialgedanken verpflichtet ist, ist also die Koordination des Arbeitsmarkts ein eminent wichtiges Problem¹⁷.

Im Hinblick auf das Ziel einer gerechten Verteilung des Sozialproduktes ist die Koordination des Arbeitsmarkts durch das freie Spiel der Kräfte im Sinne von Wettbewerb ungeeignet¹⁸. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Arbeitgeber – bei freiem Spiel der Kräfte – gegenüber den Ar-

13 ARNDT 98.

14 Ebd. 96; HOPPMANN 11.

15 BÜHLMANN 178f.

16 KLEINWEFERS/PFISTER 415; ähnlich KAUFMANN 20 und MATHYS 4.

17 Für viele RICHARDI 117.

18 So schon BRENTANO 1ff.; ferner u.a BÖHM 3f.; RICHARDI 113f. mit weiteren Literaturhinweisen; SCHLUEP, Überbordungsgefahren 179.

beitnehmern eine unvergleichbare Übermacht haben. Dieses Machtgefälle lässt einen gerechten Ausgleich nicht zu und führt zu einer ständigen Ungleichgewichtslage. Gründe für diese Ungleichgewichtslage gibt es verschiedene. Sie liegen sowohl auf Arbeitgeberseite als auch auf Arbeitnehmerseite. Der Arbeitgeber ist Eigentümer der Produktionsmittel. Nur schon diese wirtschaftliche Macht erlaubt es ihm, dem Arbeitnehmer gegenüber Lohn und Arbeitsbedingungen zu diktieren¹⁹. Hinzu kommt, dass der Arbeitgeber die Macht zur Betriebsgestaltung hat, da er aufgrund des Weisungsrechts den Einsatz der Arbeitskraft bestimmt. Dadurch wird die Macht des Arbeitgebers noch grösser²⁰. Die Inferiorität des Arbeitnehmers wird weiter verstärkt durch Ursachen, die in seiner Person liegen. Für den Arbeitnehmer ist der Lohn zumeist alleinige Existenzgrundlage. Sein Angebot ist deshalb dringend, und er steht unter ständigem Angebotsdruck²¹. Da seine Arbeitskraft nicht gespeichert werden kann, bedeutet Arbeitslosigkeit für ihn Einkommensausfall²². Hinzu kommt – wohl weniger wichtig, aber dennoch nicht zu vernachlässigen –, dass der Arbeitnehmer räumlich an einen Standort gebunden ist und die Arbeitskraft nur begrenzt mobil ist²³. Letzten Endes können alle diese besonderen Gründe zurückgeführt werden auf den Unterschied zwischen Arbeitskraft und den anderen wirtschaftlichen Gütern: Als einziges Gut ist die Arbeitskraft untrennbar mit ihrem Verkäufer verbunden²⁴. Das führt dazu, dass der Arbeitnehmer im Wettbewerb keinen Einfluss auf das Angebot an Arbeit hat – im Extremfall nicht einmal auf das eigene, da er zur Existenzsicherung vorbehaltlos anbieten muss²⁵. Bei freiem Wettbewerb führt sinkender Lohn zur anormalen Reaktion eines erhöhten Angebots an Arbeitskraft, somit zu weiter fallendem Lohn. Dieser Zustand ist letztlich für die Arbeitnehmer ruinös, und da sie keinen Einfluss auf das Angebot haben, «trifft sie das Sinken des Preises der Arbeit in Folge eines zu grossen Angebots als unverdientes Glück»²⁶.

§ 3 Koordination des Arbeitsmarktes durch Gesamtvereinbarungen

I. Gesamtvereinbarungen contra Planwirtschaft

Da der Wettbewerb zur Koordination des Arbeitsmarkts ungeeignet ist, stehen als Alternativen die hoheitliche Festsetzung der Tauschbedin-

19 Wobei die Kollektivierung der Arbeitgeber die Ungleichgewichtslage noch verstärken kann, so HAUSHEER 298.

20 Vgl. dazu ausführlich RICHARDI 114f.

21 Wie HAUSHEER 314 richtig vermerkt, steht auch der Unternehmer unter Ertragsdruck. Dieser ist aber nicht mit jenem der Arbeitnehmer zu vergleichen.

22 Und selbstverständlich volkswirtschaftlich Minderung der Güterproduktion.

23 Vgl. dazu MONTANER 200ff.

24 Grundlegend BRENTANO 6.

25 Ebd. 18f.

26 Ebd. 19.

gungen durch den Staat und die Regelung durch Gesamtarbeitsverträge im Sinne sozialer Selbstverwaltung der Arbeitsmarktparteien zur Wahl.

Aus verschiedenen Gründen fällt die Festsetzung der Tauschbedingungen durch den Gesetzgeber ausser Betracht¹. Der Arbeitsmarkt ist Teil eines wirtschaftlichen Systems, dessen Entwicklung ständig dynamisch fortschreitet. Die Daten des Arbeitsmarkts sind in hohem Masse abhängig von den allgemeinen wirtschaftlichen Daten und haben umgekehrt Einfluss auf den Wirtschaftsprozess. Dieser Wechselwirkung und den ökonomischen Gegebenheiten kann das Gesetz nicht Herr werden. Es wäre bereits als Instrument ungeeignet und ein Fremdkörper in unserem Wirtschaftssystem. Das arbeitsmarktliche Gesamtvereinbarungssystem ist die systemkonforme Ergänzung des gütermarktlichen Wettbewerbs; die Systeme bedingen einander gegenseitig².

Ebenso wichtig ist der Einwand, dass eine «Herrschaftsverfassung»³ mit den Wertentscheidungen der geltenden Rechtsordnung – insbesondere mit dem Freiheitsprinzip – unvereinbar ist, solange eine freiheitliche Ordnung bessere Ergebnisse zeitigt⁴. Unsere Rechtsordnung hält das Prinzip der Selbstbestimmung und als dessen Folge die Privatautonomie hoch, und diese Prinzipien verbieten grundsätzlich eine staatliche Fremdbestimmung dort, wo sie nicht nötig ist. Die Koordination des Arbeitsmarkts durch Gesamtvereinbarungen ist deshalb die Lösung des liberalen Wirtschaftssystems⁵. Das Koordinationssystem der Gesamtvereinbarungen garantiert zwar keine individuelle, wenigstens aber eine «koordinierte»⁶ Selbstbestimmung im Kollektiv⁷. Das schliesst nicht aus, dass eine Fremdbestimmung durch Gesetz oder gemässiger durch das Institut der Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen dort erfolgt, wo höherwertige Interessen – im allgemeinen das Gemeinwohl – durch die Selbstbestimmung nicht genügend gewahrt erscheinen.

1 Vgl. dazu eingehend HAUSHEER 311f. und RICHARDI 119ff.

2 Vgl. hinten § 6.

3 RICHARDI 120.

4 Vgl. HUG, Tarifaautonomie 181.

5 RÜTHERS, Gerichtliche Zwangsschlichtung 15, der ebd. 17 ausführt: «Die verschiedenen Rechtsordnungen und Gesellschaftssysteme lassen sich geradezu qualitativ danach unterscheiden, ob sie die freie Entfaltung der Arbeitsmarktparteien und ihrer Interessen zulassen oder ob sie die Eigenständigkeit und den möglichen Gegensatz solcher Interessen leugnen und für unzulässig erklären: Freiheitliche Systeme erkennen die Tarifaautonomie der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände im Rahmen der sozialen Selbstverwaltung an».

6 HAUSHEER 312.

7 Um kollektive Selbstbestimmung handelt es sich im Verhältnis zwischen Staat und Verbänden. Dass aber Tarifaautonomie für die Tarifunterworfenen dennoch – wenn auch nicht staatliche, sondern nur autonome und freiwillige, jedoch privilegierte – Fremdbestimmung ist, darf insbesondere hinsichtlich der Grenzen der kollektiven Selbstbestimmung nicht ausser acht gelassen werden.

II. *Geschichtliche Entwicklung*

Geboren wurde die soziale Frage mit dem, was man gemeinhin als Liberalismus bezeichnet und geschürt wurde sie durch die einsetzende Industrialisierung Ende des 18. Jahrhunderts. Die Folgen des damals fast unumstösslichen Glaubens an die Ordnungskraft des freien Spiels der Kräfte, der «invisible hand»⁸, für die Arbeiterschaft sind sattem bekannt⁹. Verstärkt wurde diese Entwicklung durch das Verhalten des Staates, der – teils im Glauben an das liberale Ordnungsmodell, teils aus Furcht vor der politischen Agitation der entstehenden Zusammenschlüsse der Arbeiter – Koalitionsverbote erliess; in Deutschland landesweit, in der Schweiz nur auf Kantonsebene und für wenige Jahre¹⁰. Die Vereinsfreiheit in Art. 46 BV in der Fassung von 1848 bildete alsdann die rechtliche Grundlage zur Entwicklung der Gewerkschaftsbewegung. Von den anfänglich als Bildungsvereine und Hilfsgesellschaften gedachten Zusammenschlüssen der Arbeiter um 1840 bis zur eigentlichen Gewerkschaft ab 1870 mit dem Ziel der kollektiven Regelung der Arbeitsbedingungen war ein langer Weg¹¹.

Der erste schweizerische Gesamtarbeitsvertrag datiert aus dem Jahre 1861¹², und von da an erhöhte sich die Zahl der zwischen den Organisationen des Arbeitsmarkts abgeschlossenen Vereinbarungen langsam, aber stetig¹³. Der Kampf der Gewerkschaften um bessere Arbeitsbedingungen fand Unterstützung bei ihnen wohlgesinnten Wissenschaftlern, welche zum prägnanten Schluss kamen: «Erst der coalitierte Arbeiter ist einem anderen Waarenverkäufer gleich»¹⁴. Dieses neue Selbstbewusstsein wurde von den Arbeitnehmern in Streiks zum Ausdruck gebracht¹⁵.

Vor dieser Entwicklung konnte der Gesetzgeber die Augen nicht verschliessen. So kam es im Obligationenrecht von 1912 zur ersten rudimentären gesetzlichen Regelung des Gesamtarbeitsvertrages¹⁶. Die folgenden Phasen waren gekennzeichnet von weiteren, zum Teil heftigen Streiks¹⁷, welche zur immer besseren Ausfeilung des Instruments Gesamtarbeitsver-

8 ADAM SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Erstausgabe London 1776, Book IV, Chapter II.

9 Es sei hier ausnahmsweise nicht auf ein juristisches, sondern ein literarisches Werk verwiesen, m.E. die eindrücklichste Schilderung der damaligen sozialen Verhältnisse: GERHART HAUPTMANN, *Die Weber*, Erstausgabe Berlin 1892.

10 HUECK/NIPPERDEY 113ff.; GRUNER 16.

11 GRUNER 20ff., 55ff., 63ff.

12 Typographen in St. Gallen, SALIN/BURCKHARDT 552f.

13 Vgl. zur geschichtlichen Entwicklung ebd. 552ff.

14 BRENTANO 25 (zitiert in originaler Orthographie).

15 HEITHER 74.

16 Art. 322 und 323 OR 1912.

17 HEITHER 74f. Allen voran natürlich der Generalstreik von 1918.

trag als Koordinator des Arbeitsmarkts und als Hemmschuh weiterer Arbeitskämpfe führte. Höhepunkt dieser faktischen Verfeinerung des kollektiven Arbeitsrechts war das legendäre Friedensabkommen, abgeschlossen am 19. Juli 1937 zwischen dem Arbeitgeberverband Schweizerischer Maschinen- und Metallindustrieller und den entsprechenden Gewerkschaften und seither immer wieder erneuert¹⁸.

Wiederum hinkte die gesetzliche Regelung hintan. Die materiell noch heute geltende Ordnung des kollektiven Arbeitsrechts erfolgte im Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28. September 1956¹⁹, wobei die Revision des Arbeitsvertragsrechts vom 25. Juni 1971 – neben einigen redaktionellen Verbesserungen ohne materielle Bedeutung sowie dem Einschub von Art. 356a Abs. 2 und 3 OR – nur die Numerierung der Artikel veränderte²⁰. Heute ist der Gesamtarbeitsvertrag das überragende Element der Regulierung des Arbeitsmarkts, wobei man sagen darf, dass das Gesamtvereinbarungssystem eine «gewachsene Ordnung» ist²¹.

III. Charakterisierung des Gesamtvereinbarungssystems

A. Grundgedanke

Ausschlaggebender Faktor für das Scheitern des Wettbewerbssystems auf dem Arbeitsmarkt ist die ungleiche Machtverteilung zwischen den Tauschpartnern. Abhilfe schaffen heisst somit die Machtverhältnisse ausgleichen. Da die Macht der Arbeitgeber nicht so sehr in der Stärke ihrer Person, sondern zum grossen Teil in der Schwäche der Arbeitnehmer begründet ist, würde sich ein Machtabbau auf Seiten der Arbeitgeber ohne massiven staatlichen Einfluss nicht erreichen lassen. Unsere Rechtsordnung ist aber vorab auf eine freiheitliche Lösung ausgerichtet, welche darin gefunden wurde, dass man der schwächeren Marktseite erlaubt, durch Zusammenschluss der stärkeren Seite gegenüber einen adäquaten Machtausgleich zu schaffen.

Die Not liess die Arbeiter bald merken, dass ihre Stärke in der Selbsthilfe, im Zusammenschluss lag. Unabhängig von der Rechtsordnung führte die Geburt der Gewerkschaftsbewegung trotz Widerständen zu einem neuen Ordnungsprinzip der liberalen Wirtschaftsordnung²². Den Arbeitge-

18 Vgl. dazu ausführlich HEITHER 85ff.

19 Art. 322–324^{quater} OR.

20 Heute Art. 356–358 OR; vgl. SCHWEINGRUBER/BIGLER 32, 35; BBl. 1967 II 419.

21 Im Sinne von EUCKEN 52ff.

22 BRIEFS 51.

bern traten die Arbeitnehmer als Kollektiv gegenüber: Regulierung des Arbeitsmarkts durch Machtausgleich²³ oder sog. «Zwei-Fronten-Prinzip»²⁴.

Grundgedanke des Systems ist jener der Kartellisierung. Angebot und Nachfrage werden auf dem Arbeitsmarkt in Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden zu Kartellen zusammengefasst, welche den Markt durch Machtausgleich ins Gleichgewicht bringen. Insofern stimmt jene Umschreibung der Gewerkschaft als Preis- und Konditionenkartell mit Angebotskontingentierung²⁵. Insofern stimmt auch die Umschreibung der Form des Arbeitsmarkts als bilaterales Nachfrage- und Angebotsmonopol²⁶ oder besser als Teilmonopol²⁷; wenigstens solange man diese Umschreibung rein deskriptiv gebraucht und aus ihr keine Folgerungen für das Verhalten der Marktteilnehmer und die Reaktion des Marktes zieht²⁸. Überhaupt ist es beim Modell des bilateralen Monopols mit weitgehendem Ausschluss des Wettbewerbs fragwürdig, noch von einem Markt im herkömmlichen Sinn zu sprechen²⁹.

Die Kollektivierung des Arbeitsmarkts soll den Marktseiten erlauben, die Arbeitsbedingungen in sozialer Selbstverwaltung festzusetzen. Die Machtausübung ist dabei selbstverständlich ausgerichtet auf einen Marktausgleich, welcher seinen Ausdruck in der vertraglichen Kollektivvereinbarung, dem Gesamtarbeitsvertrag, findet. Im Normalfall wird ein solcher Gesamtarbeitsvertrag als Friedensordnung erreicht. Garantiert ist das nicht. Da die Koordination auf dem Arbeitsmarkt jedoch notgedrungen erfolgen muss, wenn keine Organisationslücke entstehen soll, gibt es aus dieser Pattsituation nur zwei Auswege: Zwangsschlichtung oder Machtausübung in Form von Arbeitskampf³⁰. Gegen die staatliche Zwangsschlichtung sprechen in etwa die gleichen Gründe wie gegen eine arbeitsmarktliche Planwirtschaft. Nachdem man den Arbeitsmarktparteien zur sozialen und kollektiven Selbstverwaltung eine Machtstellung gegeben hat, ist es nur folgerichtig, ihnen zur Herstellung des Machtausgleichs auch die Machtausübung zu erlauben. Konflikt und Arbeitskampf werden als notwendige Folgen des Gesamtvereinbarungssystems vom Gesetz legitimiert: «Streik, Boykott und Aussperrung werden Rechtsfiguren des Arbeitsrechts»³¹.

23 U.a. HAUSHEER 298f.; ARNDT 174; RICHARDI 122.

24 BÖHM 1.

25 BRIEFS 52.

26 Z.B. HAUSHEER 315.

27 KAUFMANN 65f.

28 Vgl. zur Kritik ARNDT 167.

29 RÜTHERS, Gerichtliche Zwangsschlichtung 12f.

30 SCHLUEP, Überbordungsgefahren 181.

31 Ebd. 182. Ähnlich RÜTHERS, Gerichtliche Zwangsschlichtung 19.

Die sog. Grenzrisiken sorgen dafür, dass es in diesem System letztlich immer zu einer Konfliktlösung kommt³². Für beide Marktseiten ist die Unternehmung Existenzgrundlage. Auf sie gilt es insofern Rücksicht zu nehmen, als ihre Existenz nicht zerstört werden darf. Insbesondere für den Arbeitnehmer steht und fällt die eigene Existenz oft mit jener der Unternehmung. Deshalb nimmt er im Konfliktfall lieber einen tieferen Lohn als erwartet in Kauf, ohne seinen Arbeitsplatz zu verlieren. Hinzu kommt, dass der Arbeitnehmer sein tägliches Brot immer mehr gefährdet sieht und seine Kampfbereitschaft auch hier eine natürliche Schranke findet. Analog kann ein gesundes Unternehmen nicht beliebig lange Produktionsunterbrüche verkraften. Die Grenzrisiken sind Voraussetzungen für ein funktionsfähiges Gesamtvereinbarungssystem³³ und führen früher oder später notgedrungen zur Beendigung eines Arbeitskonflikts, wenn sich die Parteien ausschliesslich von ökonomischen Grundsätzen leiten lassen.

Trotz des in der Schweiz herrschenden sozialen Friedens darf nicht übersehen werden, dass das skizzierte Arbeitsmarktmodell immer noch vom grundsätzlichen Interessengegensatz zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern ausgeht³⁴. Das Gesamtvereinbarungssystem hat diesen Interessengegensatz rechtlich institutionalisiert³⁵. Wenn je länger je mehr von Sozialpartnerschaft gesprochen wird³⁶, ist Vorsicht geboten: Trotz faktisch herrschendem sozialen Frieden und trotz auch gegebenen Interessengemeinsamkeiten³⁷ bleibt letztlich der Interessengegensatz für das Gesamtvereinbarungssystem konstitutiv. Dieser Vorbehalt ist zum Modell der Sozialpartnerschaft anzubringen³⁸.

B. Funktionen

Das kollektive Arbeitsrecht dient verschiedenen Zwecken³⁹. Nach diesen zu fragen ist wichtig im Hinblick auf die – heute ganz allgemein herrschende⁴⁰ – teleologische Auslegung der Normen des kollektiven Arbeitsrechts⁴¹. Neben die historisch gewachsene, aber auch aktuell noch primäre

32 RÜTHERS, Kollektives Arbeitsrecht und Wettbewerbsordnung 398; MONTANER 206ff. Vgl. ausführlich hinten § 6.

33 RÜTHERS, Kollektives Arbeitsrecht und Wettbewerbsordnung 398.

34 RÜTHERS, Gerichtliche Zwangsschlichtung 15; JAEGER 23.

35 RÜTHERS, Gerichtliche Zwangsschlichtung 7.

36 So z.B. REHBINDER 19.

37 Vgl. RÜTHERS, Gerichtliche Zwangsschlichtung 15.

38 Ebenfalls zurückhaltend zum Modell der Sozialpartnerschaft JAEGER 96ff., der zu Recht meint, es komme auf den konkreten Inhalt des Begriffes an und sodann versucht, «die Variationsbreite möglicher Beziehungsarten abzudecken», ebd. 97.

39 Dazu ausführlich WIEDEMANN/STUMPF Einl. N 1ff.

40 Vgl. für viele OSKAR ADOLF GERMANN, Grundlagen der Rechtswissenschaft, 3. A. Bern 1975, 77; MANFRED REHBINDER, Rechtssoziologie, Berlin/New York 1977, 26ff.

41 Spezifisch zum Wirtschaftsrecht: SCHLUEP, Wirtschaftsrecht 33.

Schutzfunktion treten die Ordnungs- und die Friedensfunktion. Davon zu trennen ist die wirtschaftsrechtliche Koordinationsfunktion.

1. *Schutzfunktion*

Hauptfunktion des kollektiven Arbeitsrechts und des Arbeitsrechts allgemein ist die Schutzfunktion⁴². Der wirtschaftlich schwächeren Arbeitnehmerseite wird ermöglicht, den Arbeitgebern im Kollektiv gegenüberzutreten, um so gemeinsam für alle Koalitionsmitglieder verbindliche Arbeitsbedingungen festzulegen. Die Kollektivierung schützt den einzelnen Arbeitnehmer vor der wirtschaftlichen Übermacht des Arbeitgebers. Das Gesamtvereinbarungssystem findet auf dem Arbeitsmarkt seine Rechtfertigung gerade darin, dass der Individualarbeitsvertrag den Arbeitnehmer nur in ungenügender Weise zu schützen vermag.

2. *Ordnungsfunktion*

a) *im arbeitsrechtlichen Sinn*

Weitere Aufgabe des Gesamtarbeitsvertrages ist es, «in seinem Geltungsbereich eine gewisse einheitliche Ordnung des Arbeitsverhältnisses herzustellen»⁴³. Die Ordnungsfunktion wird jeweils insbesondere im Hinblick auf den Arbeitsfrieden betont. Sie diene dem Arbeitsfrieden⁴⁴. Tatsächlich hat sich das Gesamtvereinbarungssystem «zur umfassenden Sozialordnung entwickelt»⁴⁵.

b) *im wirtschaftsrechtlichen Sinn*

Aus wirtschaftsrechtlicher Sicht steht die Ordnungsfunktion des kollektiven Arbeitsrechts als Koordinationssystem im Vordergrund⁴⁶. Kollektives Arbeitsrecht ist das ordnungspolitische Instrument zur Koordination des Arbeitsmarkts. Dieser Aspekt ist im Hinblick auf eine Auslegung kollektiv-arbeitsrechtlicher Normen aus dem wirtschaftsrechtlichen Zusammenhang heraus⁴⁷ zu beachten.

42 Stellvertretend BGE 74 II 163; HUECK/NIPPERDEY 25; NIKISCH 427.

43 NIKISCH 437; ähnlich SÖLLNER 111.

44 SCHWEINGRUBER/BIGLER 59; SÖLLNER 81.

45 HUG, Beiträge 313.

46 WIEDEMANN/STUMPF Einl. N 9 bezeichnen sie als Kartellfunktion.

47 WALTER R. SCHULP, SJZ 76 (1980) 290 (in der Besprechung von SCHÜRMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht).

3. *Friedensfunktion*

Nicht zu vernachlässigen ist die Friedensfunktion der Gesamtarbeitsverträge⁴⁸. Sie wird in der Schweiz naturgemäss mehr betont als in Deutschland.

4. *Das Verhältnis untereinander*

Schwieriger als das Herausarbeiten der Funktionen des kollektiven Arbeitsrechts ist es, deren Verhältnis zueinander zu beurteilen. Dabei ist fraglich, inwiefern der arbeitsrechtlichen Ordnungsfunktion und der Friedensfunktion selbständige Bedeutung zukommen: Das Gesamtvereinbarungssystem ist ausgerichtet auf Gesamtarbeitsverträge. Je nachdem findet der Machtausgleich bei Verhandlungen früher, bei Arbeitskämpfen später statt. Ein richtig funktionierendes Gesamtvereinbarungssystem garantiert aber immer eine vertragliche Einigung. Diese ist deshalb unumgänglich, weil eine «Organisationslücke»⁴⁹ für die Parteien untragbar ist. Zweck bleibt jedoch der Schutz des Schwächeren, nicht so sehr Ordnung und Arbeitsfriede; diese sind vielmehr eine Folge des Abschlusses von Gesamtarbeitsverträgen⁵⁰. Seine Rechtfertigung findet das Gesamtvereinbarungssystem in der Schutzfunktion⁵¹. Daran ändert nichts, dass der Ordnungs- und Friedensfunktion aus wirtschaftlichen und sozialen Gründen grosser Wert beigemessen wird und das kollektive Arbeitsrecht in letzter Zeit immer mehr auch über die reine Schutzfunktion hinaus an Bedeutung gewinnt⁵². Der Schutzzweck bleibt primär und geht im Konfliktfall der Ordnungsfunktion vor⁵³.

Problemlos ist das Verhältnis der wirtschaftsrechtlichen Ordnungsfunktion zu den übrigen Funktionen, da diese eine andere Ebene betrifft.

C. *Modell und Realität*

Wenn im Hinblick auf die Erreichung der übergeordneten staatlichen und wirtschaftlichen Ziele der Koordination des Arbeitsmarkts durch Gesamtvereinbarungen gegenüber Wettbewerb und Plan der Vorzug gege-

48 SCHWEINGRUBER/BIGLER 25; SÖLLNER 81.

49 SCHLUEP, Überbordungsgefahren 181.

50 So wohl auch BÄNZIGER, Höchststarbeitsbedingungen 412.

51 BIEDENKOPF, Gutachten 113.

52 REHBINDER 19; WIEDEMANN/STUMPF Einl. N 1.

53 BIEDENKOPF, Gutachten 113; NIKISCH 426; RICHARDI 402; BÄNZIGER, Höchststarbeitsbedingungen 412, 424. Aktuell ist die Frage insb. beim Günstigkeitsprinzip, vgl. hinten § 8 III. A.

ben wird, so deshalb, weil dieses gegenüber jenen bessere Ergebnisse liefert. Das darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Gesamtvereinbarungssystem an sich nicht vollkommen ist⁵⁴ und das skizzierte Modell zudem in der Realität nach verschiedenen Richtungen noch weiter relativiert wird. Wie beim Wettbewerb kann es nur um ein mit Mängeln behaftetes *funktionsfähiges*, nicht um ein perfektes System gehen. Die Ergebnisse, die es liefert, sind nicht nach einem absoluten Massstab richtig; sie sind lediglich im Vergleich zu den Alternativen die besseren. Das Gesamtvereinbarungssystem hat die «Richtigkeitsgewähr» für sich⁵⁵.

Die Unvollkommenheit des Gesamtvereinbarungssystems als Modell zeigt sich auf verschiedenen Ebenen:

- Aus markttheoretischen Überlegungen ergibt sich, dass es beim bilateralen Monopol keinen «ökonomisch «richtigen» Gleichgewichtspreis»⁵⁶ gibt. Innerhalb einer gegebenen Bandbreite möglicher Einigung entscheidet die Macht der Marktseiten über das Ergebnis⁵⁷.

- Die entscheidende Bedeutung des Machtfaktors ruft nach materieller Waffen- und Machtgleichheit. Diese kann aber nur formal garantiert werden⁵⁸.

- Die für das soziale Leben gefährlichste Schwäche des Gesamtvereinbarungssystems liegt in der Notwendigkeit, zum Machtausgleich den wirtschaftlichen Kampf zu gewähren.

Das Modell wird durch die Realität zusätzlich modifiziert:

- Es finden sich in der Wirklichkeit immer nur bilaterale Teilmonopole⁵⁹. Der Aussenseiterdruck durch Einzelne oder durch Konkurrenzkoalitionen ist trotz der unabhängig vom Organisationsgrad grossen Kartellwirkung der Gesamtarbeitsverträge nicht zu unterschätzen.

- Dort, wo das Gesamtvereinbarungssystem die öffentlichen Interessen nicht genügend zu wahren vermag, greift der Staat durch Gesetze ein. Die fortschreitende Entwicklung zum Sozialstaat hat zur Durchdringung des Arbeitsrechts mit zwingenden Normen geführt⁶⁰. So tritt Zwangskoordination neben die Gesamtarbeitsverträge⁶¹.

- Mit Erfüllung des Schutzzwecks verliert das Gesamtvereinbarungssystem seinen Vorrang vor dem als Regel geltenden Wettbewerbssystem. Auf dem Arbeitsmarkt herrscht deshalb übertariflich Wettbewerb⁶².

54 SCHLUP, Überbordungsgefahren 204 spricht von «konstitutionellen Schwächen der Gruppenvereinbarungsautonomie».

55 Ebd. 181.

56 Ebd. 204. Vgl. ausführlich KAUFMANN 18ff., insb. 34ff.; NOBEL 48ff.

57 SCHLUP, Überbordungsgefahren 204f.; KAUFMANN 35f.

58 SCHLUP, Überbordungsgefahren 205.

59 KAUFMANN 66.

60 REIBINDER 18.

61 Immerhin ist beizufügen, dass diese Zwangskoordination von den Koalitionen im politischen Willensbildungsprozess entscheidend mitbeeinflusst wird, vgl. JAEGER 62f.

62 Vgl. ausführlich hinten § 8.

IV. *Rechtliche Grundlagen*

A. *Allgemeines*

Das Gesamtvereinbarungssystem verlangt von der Rechtsordnung andere Grundnormen als das Wettbewerbssystem. Zwar kann sich auch der Arbeitnehmer auf die Handels- und Gewerbefreiheit berufen⁶³, abgesehen von der Freiheit der Berufswahl und der Wahl des Arbeitsplatzes bringt ihm das aber nichts⁶⁴. Dass sich die Ad-hoc-Koalitionen zu ihrem Schutz auf die Wirtschaftsfreiheit sollen berufen können⁶⁵, erscheint nach der hier vertretenen Auffassung unrichtig, da die Wirtschaftsfreiheit ein Rechtsinstitut des Wettbewerbssystems, nicht des Gesamtvereinbarungssystems ist.

Gesamtvereinbarungen gibt es nur, wenn sich die beiden Marktseiten zusammenschliessen können, ihnen die Möglichkeit des Abschlusses von für ihre Mitglieder verbindlichen Verträgen offensteht und notfalls Kampfmassnahmen Platz greifen dürfen. Hinzu kommt als letztes der eventuelle staatliche Eingriff zur Stärkung der Kartellmacht einer Marktseite unter und zur Berücksichtigung des Gemeinwohls. Das Gesamtvereinbarungssystem funktioniert nur, wenn Koalitionsfreiheit mit Einschluss der Kampf- oder Streikfreiheit, Tarifautonomie und Allgemeinverbindlicherklärung gewährleistet sind⁶⁶.

Besonderes Kennzeichen unseres kollektiven Arbeitsrechts ist das Fehlen einer Arbeitsverfassung im formellen Sinn. Ausser der Zuständigkeit des Bundes zur Regelung der Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen⁶⁷ und einer «toter Buchstabe»⁶⁸ gebliebenen Bestimmung über das Verhältnis zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern⁶⁹ enthält die Bundesverfassung keine entsprechenden Normen. Für den Arbeitskampf gibt es nicht einmal gesetzliche Normen. Das ist wohl zum einen darauf zurückzuführen, dass unsere Arbeitsverfassung eine gewachsene Ordnung ist, deren rechtliche Normierung erst später erfolgte. Zum anderen spielt hier die rein privatrechtliche Auffassung des kollektiven Arbeitsrechts eine Rolle⁷⁰. Es ist aber völlig unbestritten, dass die schweizerische Arbeitsver-

63 MARTI 48; BGE 84 I 18.

64 GYGI 159; REHBINDER, Koalitionsfreiheit 21f., der überzeugend nachweist, dass das BGr. jeweils die Wirtschaftsfreiheit der Arbeitgeber, nicht der Arbeitnehmer meint.

65 REHBINDER, Koalitionsfreiheit 22f.

66 SCHLUEP, Überbordungsgefahren 178.

67 Art. 34^{ter} lit. c BV.

68 NOBEL 67.

69 Art. 34^{ter} lit. b BV. Der Bestimmung wurde erst in der Mitbestimmungsdiskussion eine gewisse Beachtung zuteil, vgl. hinten § 10 III. A.

70 HUG, Tarifautonomie 189.

fassung auf Koalitionsfreiheit, Kampffreiheit und Tarifaufonomie beruht und abgesehen vom Institut der Allgemeinverbindlicherklärung staatsfrei ist. Nach dem Vorentwurf für eine neue Bundesverfassung soll dieser Rechtszustand seine Kodifizierung erhalten⁷¹. Das ist vom Standpunkt der Rechtssicherheit aus wünschenswert, bringt aber keine materielle Änderung der Arbeitsverfassung⁷².

Um die Tarifaufonomie und die Kampffreiheit auf Verfassungsebene zu stellen, ist bei der Koalitionsfreiheit einzuhaken. Diese gewinnt ihren Sinn gerade erst durch die Betätigungsgarantie der Koalitionen. Zu deren Ausübung muss das entsprechende funktionstüchtige Vereinbarungsinstrument, der Gesamtarbeitsvertrag, zur Verfügung stehen⁷³. Das ist auch die Meinung des Verfassungsgebers, der die Tarifaufonomie in Art. 34^{ter} lit. c BV als vorgegeben voraussetzt⁷⁴. Als letztes impliziert der Verzicht auf Zwangsschlichtung zugleich die Arbeitskampsfreiheit⁷⁵. Diese verfassungsergänzende Lückenfüllung ist den Interpretationsversuchen zu Art. 34^{ter} BV vorzuziehen⁷⁶. Jedenfalls muss das Ergebnis lauten, dass das Gesamtvereinbarungssystem auf dem Arbeitsmarkt durch die *Verfassung* gewährleistet ist⁷⁷ – ob ausdrücklich oder stillschweigend, mag dahingestellt bleiben.

Konsequenterweise kann die verfassungsrechtliche Garantie des Gesamtvereinbarungssystems nicht nur eine institutionelle sein. Sie muss sich auch funktional auswirken, indem den Koalitionen ein Kernbereich der Vereinbarungsbefugnis zustehen muss, welchen der einfache Gesetzgeber zu respektieren hat⁷⁸. Dass die Diskussion um die verfassungsrechtliche Kernbereichsgarantie in der Schweiz noch nicht richtig angelaufen ist, darf der Tatsache zugeschrieben werden, dass der staatliche Eingriff in den Kernbereich bei uns nicht aktuell ist: Von einer durch das Friedensabkommen von 1937 durchkreuzten Absicht des Bundes zur Einführung staatlicher Zwangsschlichtung durch Krisendekret⁷⁹ und einem «kurzen und mehr symboli-

71 Art. 28 VE mit dem Titel «Kollektive Arbeitsbeziehungen» lautet wie folgt:
«Arbeitnehmer und Arbeitgeber haben das Recht, betriebliche und berufliche Angelegenheiten gemeinsam zu regeln.

² Das Gesetz sieht Bestimmungen vor zur Verhütung und zur Überwindung von Arbeitskonflikten. Zwangsschlichtung ist ausgeschlossen.

³ Arbeitnehmer und Arbeitgeber haben das Recht, kollektive Kampfmassnahmen im Zusammenhang mit Arbeitsbeziehungen zu treffen. Für Beamte wird dieses Recht vom Gemeinwesen geregelt, dem sie angehören.»

72 Ebenso JAEGER 54, 102.

73 BÄNZIGER, Effektivklausel 108.

74 JAEGER 103; HOHN 113.

75 SCHLUEP, Überbordungsgefahren 183; REHBINDER, Koalitionsfreiheit 23.

76 Vgl. die Versuche bei HOHN 101ff.

77 Im Ergebnis ebenso GYGI 47ff.; BÄNZIGER, Effektivklausel 108; JAEGER 51ff., 102ff.; wohl auch SCHLUEP, ZBJV 115 (1979) 70 und HOHN 116f.

78 BÄNZIGER, Effektivklausel 108; JAEGER 85; a.M. HUG, Tarifaufonomie 189.

79 Vgl. dazu JAEGER 106f.

schen Zwischenspiel einer Lohnüberwachung»⁸⁰ im Jahre 1975 abgesehen, ist die Lohnfestsetzung als ureigenste Domäne der Koalitionen immer frei von staatlicher Einflussnahme geblieben⁸¹.

B. Die einzelnen Institute

1. Koalitions- und Kampffreiheit

Historisch ist die Koalitionsfreiheit ein öffentlich-rechtliches Grund- oder Freiheitsrecht: Das Recht, sich vom Staate ungehindert zu Koalitionen zu vereinigen⁸². Sie umfasst das Recht des Einzelnen, einer Koalition beizutreten, in ihr zu verbleiben, aus ihr auszutreten und einer Koalition fernzubleiben (individuelle Koalitionsfreiheit in positiver und negativer Hinsicht) sowie für die Koalition selbst die Garantie der Existenz und die Freiheit der Betätigung (kollektive Koalitionsfreiheit als Bestandes- und Betätigungsgarantie)⁸³.

Obwohl die Koalitionsfreiheit nach traditionellem Verständnis keine Dritt- oder Horizontalwirkung unter Privaten entfaltet, kann insofern von einer privatrechtlichen Koalitionsfreiheit gesprochen werden, als der Einzelne gegen widerrechtliche, unsittliche und rechtsmissbräuchliche Verletzungen seiner Persönlichkeit durch Private aufgrund von Art. 27 und 28 ZGB (Persönlichkeitsschutz) vorgehen kann⁸⁴. Bei der privatrechtlichen Koalitionsfreiheit wird unterschieden zwischen der positiven – Schutz gegen koalitionsfeindliche Massnahmen – und der negativen – Schutz gegen Koalitionszwang⁸⁵.

Der Zusammenschluss der Marktseiten garantiert noch nicht, dass sich der Machtausgleich in Gesamtvereinbarungen niederschlägt. Versagt der Vereinbarungsmechanismus, müssen den Koalitionen Kampfmassnahmen gestattet sein. Koalitionsfreiheit bringt Kampffreiheit mit Kampfparität und staatlicher Neutralität mit sich. Deren dogmatische Herleitung ist strittig: Sie wird als Teil der koalitionsfreiheitlichen Bestandesgarantie, als durch die Europäische Sozialcharta begründet oder als notwendige Kehrseite des staatlichen Verzichts auf Zwangsschlichtung betrachtet⁸⁶. Nach dem bisher Ausgeführten ist die letzte Begründung richtig.

80 GYGI 51.

81 HUG, Tarifaautonomie 191.

82 Art. 56 BV.

83 REHBINDER 152f.

84 Ebd. 153.

85 Vgl. ebd. 153ff.

86 Vgl. SCHLUEP, Überbordungsgefahren 183 mit ausführlichen Literaturhinweisen.

2. *Tarifautonomie*

Ziel des Gesamtvereinbarungssystems ist die Regelung der Arbeitsbedingungen durch Gesamtarbeitsverträge. Die Tarifautonomie ist die Befugnis der Koalitionen, solche Verträge abzuschliessen⁸⁷. Die grosse Tragweite dieser Befugnis liegt darin, dass die Rechtsordnung gewissen Bestimmungen der Gesamtarbeitsverträge die sog. normative Wirkung zugesteht, sie also für die Tarifgebundenen unmittelbar und zugunsten der Arbeitnehmer zwingend wirken lässt⁸⁸. Erst das Prinzip der Unabdingbarkeit verstärkt die Durchsetzung der Gesamtarbeitsverträge über das hinaus, was das allgemeine Privatrecht in bezug auf die Begründung von Verträgen zulasten Dritter zulässt. Die Normativkraft ist Voraussetzung für eine wirksame Durchsetzung von Kollektivverträgen, die an und für sich auch mit dem traditionellen Instrumentarium der Vertrags- und Assoziationsfreiheit abgeschlossen werden könnten⁸⁹.

Das Gesamtvereinbarungssystem dient einem bestimmten Zweck. Da es den Arbeitsmarktparteien grosse Macht einräumt, die Freiheit des Einzelnen stark zurückdrängt und sogar den wirtschaftlichen Kampf legitimiert, ist seine funktionale Beschränkung von grosser Bedeutung. Tarifautonomie, ihre Funktionsvoraussetzungen und ihre Grenzen werden deshalb im zweiten Teil ausführlicher zur Sprache kommen.

3. *Allgemeinverbindlicherklärung*

Wirkungsvolle Gesamtarbeitsverträge setzen ausreichende Kartellmacht der Marktparteien voraus⁹⁰. Wo die Koalitionsfreiheit allein nicht ausreicht und das Gesamtvereinbarungssystem durch Aussenseiter durchkreuzt zu werden droht, greift der Staat ein. Die Allgemeinverbindlicherklärung ist die logische Ergänzung des Gesamtvereinbarungssystems⁹¹. Sie erlaubt dem Staat, einen bestehenden Gesamtarbeitsvertrag in dem Sinn für allgemeinverbindlich zu erklären, dass auch die Aussenseiter dem Gesamtarbeitsvertrag wie Beteiligte unterstellt werden.

Gestützt auf Art. 34^{ter} lit. c BV hat der Bund die Allgemeinverbindlicherklärung im Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28. September 1956 geregelt. Das Institut der

87 REHBINDER 171.

88 Art. 357 OR.

89 HAUSHEER 302ff.

90 Ebd. 323.

91 ZANETTI, SJK Nr. 842 I.

92 Vgl. ausführlich HAUSHEER 323ff.; SCHEINGRUBER-BIGLER 81ff.; ferner F. WALTER BIGLER, Die Praxis der Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen,

Allgemeinverbindlicherklärung stellt in dogmatischer und wirtschaftlicher Hinsicht erhebliche Probleme⁹².

§ 4 Die Macht- und Wettbewerbsproblematik der Gesamtarbeitsverträge

I. Gesamtarbeitsverträge als Kartellvereinbarungen

Ziel der Koalitionen ist es, die Arbeitsbedingungen zum Schutz der Arbeitnehmer gemeinsam für alle Mitglieder zu regeln. Da das Wettbewerbssystem auf dem Arbeitsmarkt versagt, muss die Kollektivmacht zum Marktausgleich führen. Geht man davon aus, dass das Kartellgesetz Kartelle unter anderem als Verträge definiert, welche mittels gemeinsamer Beschränkung des Wettbewerbs den Markt für bestimmte Waren oder Leistungen beeinflussen oder zu beeinflussen geeignet sind¹, so haben wir es bei Gesamtarbeitsverträgen ohne Zweifel mit Kartellen zu tun. Der Grad der Wettbewerbsbeschränkung spielt keine Rolle². Damit wäre, wenn man den Arbeitsmarkt dem Geltungsbereich des Kartellgesetzes unterstellen würde, noch nichts über die Unzulässigkeit solcher Vereinbarungen gesagt. Obwohl das schweizerische Kartellgesetz nach herrschender Meinung auf dem Grundsatz der Missbrauchsbekämpfung beruht, definiert es Kartelle als Wettbewerbsbeschränkungen – unabhängig davon, ob die Beschränkungen später als zulässig oder unzulässig zu betrachten sind. Deshalb ist es sicher richtig, Gesamtarbeitsverträge in jedem Fall als Kartellvereinbarungen zu bezeichnen³ und nicht zu verlangen, dass eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung vorliegen muss⁴. In praxi dürfte wohl jeder Gesamtarbeitsvertrag eine Wettbewerbsbeschränkung enthalten, welche den Wettbewerb auf dem Arbeitsmarkt erheblich und nachhaltig beeinflusst. Unabhängig vom Organisationsgrad⁵ und der Beschränkung der Tariftmacht auf die Koalitionsmitglieder ist die Kartellwirkung der Gesamtarbeitsverträge gross⁶: Gesamtarbeitsverträge kommen (besonders in Zeiten mit guter Konjunkturlage) beim Abschluss von Einzelarbeitsverträgen mit Aussenseitern wie Allgemeine Geschäftsbedingungen zur Anwendung⁷ und enthalten zudem oft eine ausdrückliche Gleichstellungsabrede⁸.

Diss. Bern 1956; ALFRED NYDEGGER, Die wirtschaftliche Bedeutung der Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen in der Schweiz, Diss. St. Gallen 1956.

1 Art. 2 Abs. 1 KG.

2 SCHÜRMANN, Kommentar 42.

3 HAUSHEER 317; NOBEL 52.

4 So z.B. KAUFMANN 156ff. mit weiteren Nachweisen.

5 Welcher in der Schweiz zur Zeit bei etwa 40% liegt, so neuestens ZANETTI, Friedenspflicht 33.

6 BADURA, AöR 104 (1979) 249 spricht den GAV eine Leitfunktion für die Regelung der Arbeitsbedingungen zu.

7 REHBINDER 175.

8 Vgl. als Bsp. die Abrede in BGE 81 I 1ff.

II. Die Ausnahmebestimmung des Art. 1 Satz 2 KG

A. Grundsatz

Art. 1 Satz 2 KG schliesst vom sachlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes Verträge, Beschlüsse und Vorkehren aus, soweit sie ausschliesslich das Arbeitsverhältnis betreffen. Das Kartellgesetz bezieht sich nur auf den Gütermarkt, nicht auf den Arbeitsmarkt⁹. Bereits die Preisbildungskommission hatte ihre Ansicht von der Ausnahmestellung des Arbeitsmarktes einlässlich dargelegt¹⁰, und die Botschaft des Bundesrates schloss sich dieser Ansicht mit guten Gründen an¹¹ – ob lediglich aus politischen Gründen¹² sei dahingestellt.

Mit der Diskussion um die Revision des Kartellgesetzes ist auch wieder die Diskussion um die Berechtigung der Ausnahmestellung des Arbeitsmarktes entbrannt¹³. Eine Minderheit der Kartellkommission¹⁴ möchte die entsprechende Bestimmung des Art. 1 Satz 2 KG gänzlich gestrichen wissen¹⁵. Aus Überlegungen wirtschaftlicher Art – durch Gesamtarbeitsverträge werde eine Tiefhaltung der Löhne verunmöglicht und der Unternehmer seinerseits zu Kartellabsprachen gezwungen; die Hochkonjunktur habe die bedauerlichen Ergebnisse arbeitsmarktlicher Wettbewerbsbeschränkungen gezeigt – wird der rechtliche Schluss gezogen, die ungleiche Behandlung vergleichbarer Machtkonzentration auf Gütermarkt und Arbeitsmarkt verletze die Rechtsgleichheit¹⁶.

Abgesehen davon, dass die von der Kommissionsminderheit ins Feld geführten wirtschaftlichen Argumente nur selten zutreffen dürften und eher «gegen eine Verschärfung des Kartellgesetzes als für den Einschluss des Arbeitsmarktes»¹⁷ sprechen, zielt insbesondere das Argument der fehlenden Rechtsgleichheit ins Leere. Sowohl die Preisbildungskommission¹⁸

9 SCHÜRMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht 281.

10 Pbk 22ff.

11 BBl. 1961 II 571f.

12 MERZ 25.

13 Materialien 120ff.; BBl. 1981 II 1319ff.; SCHLUEP, ZBJV 115 (1979) 69f.

14 Welche vom BR als Expertenkommission bestellt wurde.

15 Materialien 122.

16 Die Problematik ist natürlich nicht zuletzt eine politische. Bereits bei Erlass des KG führte der BR aus: «Finige Vernehmlassungen erachten daher die Ausnahme als untragbar und widersprüchlich, würden sich aber mit einer Sonderstellung der Gewerkschaften abfinden, wenn auf der anderen Seite das Kartellgesetz gemildert würde», vgl. BBl. 1961 II 572. Taktische Aspekte dürften auch beim neuerlichen Vorstoss zur Streichung des Art. 1 Satz 2 KG eine grosse Rolle spielen, da die Expertenkommission ein verschärftes KG vorgschlägt. Entsprechende Äusserungen der Minderheit weisen darauf hin, vgl. Materialien 122.

17 NOBEL 55.

18 Pbk 22ff.

wie auch die Botschaft zum geltenden Kartellgesetz¹⁹, die Literatur²⁰, die Kommissionsmehrheit²¹ und auch die Botschaft zu einem neuen Kartellgesetz²² begründen die Ausnahmebestimmung damit, dass die Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt von jenen auf dem Gütermarkt grundlegend zu unterscheiden seien. Die Argumente sind exakt jene, die zur Begründung des Gesamtvereinbarungssystems auf dem Arbeitsmarkt herangezogen wurden²³. Die üblichen Begründungen der Ausnahmebestimmung sind deshalb zwar im Ergebnis richtig, aber zumindest ungenau: Die erwähnten Gründe haben zur Folge, dass auf dem Arbeitsmarkt die Koordination nicht durch Wettbewerb, sondern durch Gesamtvereinbarungen erfolgt und weil das Kartellgesetz sich gegen Beschränkungen des Wettbewerbs (innerhalb des Wettbewerbssystems) richtet, ist ihm der Arbeitsmarkt – weil ausserhalb des Wettbewerbssystems stehend – folgerichtig nicht unterstellt²⁴.

Wenig Beachtung findet in der Diskussion um die Revision des Kartellgesetzes die Frage, ob der Kartellartikel²⁵ überhaupt eine verfassungsmässige Grundlage für den Einbezug des Arbeitsmarktes in den Geltungsbereich des Kartellgesetzes bildet. Die Antwort ist von grosser praktischer Bedeutung, da das Kartellgesetz bei allfälligem Einbezug des Arbeitsmarktes der direkten Verfassungsgerichtsbarkeit und dem akzessorischen Prüfungsrecht des Bundesgerichts entzogen wäre²⁶.

Noch vor Erlass des Kartellgesetzes wurde die Meinung vertreten, der Kartellartikel enthalte keine Kompetenz zur Regelung des Arbeitsmarktes, da die Koalitionen nicht dem (damals herrschenden) Kartellbegriff entsprächen und zudem den Gesetzesmaterialien keine ausdrückliche entsprechende Äusserung entnommen werden könne²⁷. Dass das Schweigen des Gesetzgebers ein qualifiziertes war, ist nicht belegt und in bezug auf die Kartellqualität der Arbeitsmarktparteien war das Kartellgesetz später ebenfalls der Meinung, diese seien Kartelle. Sonst wäre die Ausnahmebestimmung von Art. 1 Satz 2 KG nicht nötig gewesen²⁸. Für die Überprüfung der Verfassungsgrundlage ist der Kartellbegriff der falsche Ansatzpunkt. Einzu-

19 BBl. 1961 II 571f.

20 Z.B. HAUSHEER 319; MATHYS 7ff., 102. Differenzierter NOBEL 52ff.

21 Materialien 120ff.

22 BBl. 1981 II 1319ff.

23 Vgl. vorn § 2 III. und § 3 III.

24 So auch SCHLUEP, ZBJV 115 (1979) 70 FN 11. NOBEL 52 FN 51 spricht zu Recht von einem «wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundentscheid».

25 Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. d BV.

26 Art. 113 Abs. 3 BV.

27 So KUNDERT 34. Falsch ist die Schlussfolgerung, welche diese «ungerechtfertigte Privilegierung» als «schwere Hypothek» bezeichnet.

28 Ebenso REHBINDER Koalitionsfreiheit 20. Zur Frage, ob Koalitionen Kartelle sind, vgl. vorn I.

haken ist bei der Frage der volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen²⁹. Das Gesamtvereinbarungssystem hat die Kartellierung der Arbeitsmarktseiten zur Voraussetzung. Diese zeitigt – wenigstens solange sie sich auf den Arbeitsmarkt beschränkt – keine schädlichen, sondern gewünschte Auswirkungen. Der Kartellartikel bezweckt den Schutz des Wettbewerbs, nicht die Vereitelung des Gesamtvereinbarungssystems auf dem Arbeitsmarkt. Deshalb dürfte für den Einbezug des Arbeitsmarktes keine Verfassungsgrundlage bestehen³⁰.

B. *Das Abgrenzungsproblem*

So klar der Grundsatz ist, so schwierig kann im Einzelfall das Abgrenzungsproblem sein. Art. 1 Satz 2 KG ist materiell auch eine Norm des kollektiven Arbeitsrechts: Sie stellt eine sehr wichtige Schranke der kollektiven Vereinbarungsbefugnis der Koalitionen, also der Tarifautonomie, dar. Auf die Einzelheiten ist zurückzukommen³¹.

III. *Die Gefahr der Entartung des Gesamtvereinbarungssystems*

Die Tatsache, dass das Gesamtvereinbarungssystem dem Kartellgesetz nicht unterstellt ist, bedeutet keinen Freipass. Das Kartellgesetz ist ein Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Verhinderung des Wettbewerbs durch restriktive Macht³². Für die Funktionsfähigkeit des Gesamtvereinbarungssystems ist nun gerade diese restriktive Macht konstitutiv. Wo sie fehlt, springt unter gewissen Voraussetzungen sogar der Staat durch Allgemeinverbindlicherklärung in die Bresche.

29 A.M. NOBEL 65.

30 So wohl auch SCHLEIF, ZBJV 115 (1979) 70. Der Einbezug wäre «verfassungswidrig, jedenfalls aber sachwidrig», ebd. 88. Auch die Botschaft zu einem neuen KG äussert Bedenken, BBl. 1981 II 1320.

Zum gleichen Ergebnis kommt NOBEL 64ff., insb. 67 aufgrund einer systematischen Verfassungsanalyse, wobei er Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. d BV sowohl Art. 34^{ter} Abs. 1 lit. c als auch lit. b BV entgegenstellt. Wenn er in den Auslegungsbemühungen um Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. d BV eine Art Wortklauberei sieht, muss er sich in bezug auf Art. 34^{ter} lit. b und c BV wohl den gleichen Vorwurf gefallen lassen. Art. 34^{ter} lit. c BV weist deutlich darauf hin, dass der Verfassungsgeber davon ausgegangen ist, auf dem Arbeitsmarkt bestünde auch ohne ausdrückliche Bestimmung von verfassungs wegen das Koordinationssystem der Gesamtvereinbarungen. Die Bereichsausnahme ergibt sich grundsätzlich aus der Sonderstellung der Arbeitsverfassung im Rahmen einer umfassenden Wirtschaftsverfassung.

31 Vgl. hinten § 9.

32 HOPPMANN 12ff. Im Gegensatz zur restriktiven Macht steht die für den Wettbewerb konstitutive Macht, vgl. vorn § 2 II.

Brennendstes Problem wirtschaftlicher Macht ist die Gefahr ihres Missbrauchs³³. Wo früher dem Wettbewerb selbstredend faktische ordnende Kraft beigemessen wurde und die Rechtsordnung sich auf die Gewährleistung lauterer Wettbewerbs beschränkte, steht heute die Diskussion um Gesetze gegen Wettbewerbsbeschränkungen im Vordergrund. Die weltweite³⁴ Ausklammerung des Arbeitsmarktes aus dem Geltungsbereich der Kartellgesetze darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Problem des Missbrauchs der Macht gerade auch auf dem Arbeitsmarkt akut ist. Dem Ruf nach Einbezug des Arbeitsmarktes in den Geltungsbereich des Kartellgesetzes wurde vom Bundesrat insofern Rechnung getragen, als er erklärte, dass auch kollektive Einwirkungen auf dem Arbeitsmarkt zu unerfreulichen Ergebnissen führen können. Es sei jedoch Sache der (damals laufenden) Revision des Dienstvertragsrechts zu prüfen, wie ungerechtfertigten Beschränkungen auf dem Arbeitsmarkt zu begegnen sei³⁵. Der Bundesrat schloss sich dabei der Preisbildungskommission an, welche zu ähnlichen Resultaten gekommen war³⁶. Er dachte dabei an eigentliche Arbeitsmarktbeschränkungen, mit denen Arbeitnehmer durch Gesamtarbeitsverträge von bestimmten Arbeitsplätzen ferngehalten werden sollten³⁷. Diesen Beschränkungen glaubte er mit Einführung von Art. 356a Abs. 2 und 3 OR beikommen zu können. Und in der Tat ist NOBEL³⁸ beizustimmen, dass eine Streichung von Art. 1 Satz 2 KG dem Kartellgesetz nicht nur solche den gütermarktlichen Wettbewerbsbeschränkungen durchaus verwandte Sachverhalte sowie die eigentlichen Grenzfälle zwischen Arbeitsmarkt und Gütermarkt unterstellen würde, sondern «prima vista» auch den Koalitions- und Vertragszwang, die Massnahmen gegen Minderheitsgewerkschaften, koalitionsfeindliche Massnahmen und die Arbeitskämpfe. Für solche Konsequenzen müsste nicht nur begründeter Anlass bestehen³⁹, sie wären eindeutig systemwidrig.

Die Erkenntnis, dass die Koalitionen die ihnen zugestandene Macht über das vom Gesamtvereinbarungssystem vorausgesetzte Mass hinaus missbräuchlich einsetzen (können), ist Allgemeingut⁴⁰. Umstritten ist –

33 Für viele ARNDT 99: «Die Geschichte der Wirtschaft ist eine Geschichte der Macht – und zumeist ist die wirtschaftliche Macht nicht Folge einer ökonomischen Leistung. Für alle Wirtschaftssysteme – und nicht nur für das «kapitalistische» – ist die Macht – oder genauer gesagt: ihr Missbrauch – ein vordringliches und stets erneut zu lösendes Problem».

34 Zur Rechtslage im Ausland vgl. KAUFMANN 187ff.; NOBEL 61ff. In allen westlichen, dem Marktwirtschaftssystem verpflichteten Ländern ist der Arbeitsmarkt aus dem Geltungsbereich der Gesetze gegen Wettbewerbsbeschränkungen ausgeklammert.

35 BBl. 1961 II 572. Ebenso die neue Botschaft, BBl. 1981 II 1320.

36 Pbk 25.

37 Das ergibt sich aus der Botschaft zum geltenden Arbeitsvertragsrecht, vgl. BBl. 1967 II 420 und hinten IV. A.

38 NOBEL 55.

39 Ebd. 55.

40 Vgl. z.B. HAUSHEER 321f.; SCHLUEP, ZBJV 115 (1979) 69 FN 10; Materialien 121.

neben der bereits beantworteten Frage, welcher Normenkomplex solche Missbräuche verhindern soll –, ob die bestehende Regelung des Obligationenrechts zur «Domestizierung der Macht der Sozialpartner»⁴¹ genügt. Nachdem die Preisbildungskommission noch festgestellt hatte, das Problem des Machtmissbrauchs auf dem Arbeitsmarkt sei durch die Rechtsordnung «weitgehend geregelt»⁴², kam die Kommissionsmehrheit zum Schluss, bei der Revision des Arbeitsvertragsrechts sei diesem Anliegen des Bundesrates⁴³ durch Art. 356a Abs. 2 und 3 OR «nur in einem beschränkten Sinne entsprochen worden»⁴⁴.

Die Beantwortung der zuletzt aufgeworfenen Frage verlangt, dass zuerst die Missbrauchsmöglichkeiten und die arbeitsrechtlichen Schutznormen festgestellt werden. Man steht dabei vor der Schwierigkeit, vielfältiges menschliches Verhalten erfassen zu müssen, welches zu vertuschten Ziel der Machtausübenden ist. So vermag es nicht zu verwundern, dass in der Literatur die missbräuchliche Machtausübung oft nicht weiter konkretisiert wird. Die folgenden Ausführungen erheben deshalb keinen Anspruch auf vollständige Aufzählung der Missbrauchspraktiken und sind – wegen der vielfältigen möglichen Verhaltensweisen – im Sinne einer Katalogisierung, nicht einer Kategorisierung aufzufassen.

Machtmissbrauch wird dabei in einem weiten Sinn verstanden. Das Gesamtvereinbarungssystem ist an bestimmte Funktionsvoraussetzungen gebunden und dient ganz bestimmten Zielen. Die an und für sich legitime Kartellmacht kann direkt missbräuchlich eingesetzt werden. Das ist der Fall bei verbotenen Beschränkungen der Berufsfreiheit, bei Koalitions- und Anschlusszwang⁴⁵ und bei unrechtmässigen Arbeitskämpfen. Missbräuchlich ist der Einsatz der Kartellmacht aber auch in jenen weniger dramatischen Fällen, in denen es an einer Funktionsvoraussetzung des Gesamtvereinbarungssystems gebricht oder wo Ziele angestrebt werden, die «die Befugnis der Koalitionen, durch Gesamtarbeitsverträge die Arbeitsbedingungen zu regeln»⁴⁶, überschreiten.

Das Ergebnis sei vorweggenommen: Überblickt man die Normen des kollektiven Arbeitsrechts und zieht dabei in Betracht, dass neben ihnen

41 SCHLUEP, ZBJV 115 (1979) 69 FN 10.

42 Pbk 25.

43 Gemeint ist das Anliegen vorn gemäss FN 35 und 37.

44 Materialien 121.

45 Kein eigentliches Problem des Machtmissbrauchs der Koalitionen, sondern ein solches privater Machtausübung auf dem Arbeitsmarkt allgemein ist jenes der koalitionsfeindlichen Massnahmen. Da es aber systematisch zur Koalitionsfreiheit gehört und zudem in bezug auf das Gesamtvereinbarungssystem von Bedeutung ist, wird es hier miteinbezogen.

46 REHBINDER 171.

immer auch das allgemeine Zivilrecht⁴⁷ anwendbar bleibt, so ergibt sich, dass das kollektive Arbeitsrecht bei Ausschöpfung aller Möglichkeiten voll-
lauf genügt, um ungerechtfertigter Machtausübung und Machtballung auf
dem Arbeitsmarkt Herr zu werden⁴⁸. Es ist bei gewissen Fragen⁴⁹ sogar
strenger als das Kartellgesetz⁵⁰. Nicht nur wirtschaftsverfassungsrechtliche
Gründe, sondern auch die konkrete Normierung des Gesamtvereinbarungs-
systems sprechen gegen einen Einbezug des Arbeitsmarktes in den Gel-
tungsbereich des Kartellgesetzes.

IV. *Aktuelle Missbrauchsmöglichkeiten der Kollektivmacht*

A. *Gefährdung der Freiheit der Berufsausübung*

Seinem Versprechen bei Einführung des Kartellgesetzes, ungerech-
tigten Beschränkungen auf dem Arbeitsmarkt bei der Revision des Ar-
beitsvertragsrechts zu begegnen⁵¹, glaubte der Bundesrat mit Einführung
von Art. 356a Abs. 2 und 3 OR Genüge zu tun⁵². Nach Art. 356a Abs. 2 OR
sind Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages oder entsprechende Abre-
den, welche die Arbeitnehmer in ihrer Freiheit der Berufsausübung be-
schränken oder diese gar ausschliessen, grundsätzlich nichtig. Art. 356a Abs.
3 OR lässt solche Bestimmungen und Abreden ausnahmsweise dann zu,
wenn sie durch überwiegende schutzwürdige Interessen gerechtfertigt sind.
Dabei fällt auf, dass sich die Formulierung der Ausnahmebestimmung eng
an Art. 5 KG anlehnt⁵³.

Art. 356a Abs. 2 und 3 OR regeln aber nur einen Aspekt des Macht-
missbrauchs auf dem Arbeitsmarkt⁵⁴. Wie sich diese Bestimmungen ausge-
wirkt haben, lässt sich nur schwer beurteilen, da es an einer entsprechenden
Gerichtspraxis fehlt⁵⁵. Gegenüber der parallelen Regelung des Kartellgeset-
zes gehen sie jedoch weiter: Der Nichtigkeitsfolge von Art. 356a Abs. 2 OR
steht eine mildere und spezifisch kartellrechtliche Unzulässigkeit in Art. 4
KG gegenüber⁵⁶.

47 Insb. Art. 27/28 ZGB, Art. 19/20 und 41ff. OR.

48 Gl. M. NOBEL 61.

49 Vgl. Art. 356a OR.

50 So auch KAUFMANN 218f.; MATHYS 95.

51 BBl. 1961 II 572.

52 BBl. 1967 II 420.

53 Vgl. NOBEL 58.

54 Das hat nun auch der BR erkannt, vgl. BBl. 1981 II 1320.

55 NOBEL 58. Vgl. zu Beispielen aus der Praxis vor Einführung der neuen Bestimmungen
hinten § 9 IV. A. 1.

56 NOBEL 58 FN 93.

B. *Gefährdung der Koalitionsfreiheit*⁵⁷

1. *Das Aussenseiterproblem*

In der Diskussion um den Einbezug des Arbeitsmarktes in den Geltungsbereich des Kartellgesetzes wird immer wieder dieser Gesichtspunkt in den Vordergrund gestellt. Das Problem ist allgemein bekannt: Das Gesamtvereinbarungssystem beruht auf genügender Kartellmacht der Arbeitsmarktparteien. Es liegt in deren beiderseitigem Interesse, ihre Marktseite möglichst umfassend zu organisieren⁵⁸.

Die Praktiken, mit denen versucht wird, Aussenseiter und Andersorganisierte in die Gesamtarbeitsverträge einzubeziehen, sind solche des externen und internen Kartellzwangs: Verdrängung, Absperrklauseln und Anschlusszwang, insbesondere in Form von Differenzierungsklauseln⁵⁹. Rechtlich geht es dabei um die Wertung von entgegengesetzten Interessen: Dem Interesse des Kollektivs an möglichst umfassender Kartellierung der eigenen Marktseite steht das Persönlichkeitsrecht auf Selbstbestimmung oder auf andere Fremdbestimmung⁶⁰ des einzelnen Arbeitnehmers oder Arbeitgebers gegenüber. Da unter ordnungspolitischen Gesichtspunkten die Kartellmacht auf dem Arbeitsmarkt und den Gütermärkten verschieden gewertet werden muss, ist der Interessengegensatz nicht im Kartellgesetz, sondern im kollektiven Arbeitsrecht zu lösen. Dadurch ist aber die konkrete Lösung des Interessenkonflikts nicht präjudiziert.

Die Lehre hat sich in der Beurteilung des Aussenseiterproblems in den letzten Jahren gefestigt. Koalitions- oder Organisationszwang in Form von Verdrängung und Absperrklauseln ist widerrechtlich⁶¹, letzterer sogar gemäss ausdrücklicher Gesetzesvorschrift (Art. 356a Abs. 1 OR). Hingegen kennt das Gesetz das Institut des Anschlusses (Art. 356b OR). Dabei ist An-

57 Zum Problemkreis Koalitionsfreiheit vgl. REHBINDER 152ff.; SCHWEINGRUBER/BIGLER 14ff., 26ff.; HAUSHEER 324ff.; HUG, Tarifaufonomie 181ff.; MÜNIR EKONOMI/MANFRED REHBINDER (Hrsg.), *Gegenwartsprobleme der Koalitionsfreiheit*, Bern 1979, insb. die Beiträge von REHBINDER, Koalitionsfreiheit, STÖCKLI und MEIER, Koalitionszwang; sowie HANSPETER ISCHUDI, Koalitionsfreiheit und Koalitionszwang, ZSR 67 (1948) 355ff.; ALEXANDER KÄGI, Koalitionsfreiheit und Streikfreiheit, Diss. Zürich 1969; HANS HUBER, Die Koalitionsfreiheit, ZBJV 83 (1947) 1ff.; die deutschen Standardwerke HUECK/NIPPERDEY 125ff.; NIKISCH 17ff.; sowie neuerdings DÄUBLER/HEGE.

58 Dazu HAUSHEER 318: «Dem Aussenseiter gilt – wie immer, wo wirksame Wettbewerbsbeschränkung angestrebt wird – denn auch das ganz besondere Interesse der Tauschpartner». Zu den Gründen für die Bekämpfung der Aussenseiter im einzelnen vgl. REHBINDER 155f.; BBL 1954 I 126.

59 Vgl. dazu REHBINDER 155ff.

60 Bei Andersorganisierten.

61 Ausführlich REHBINDER 156; MEIER, Koalitionszwang 92ff.

schlusszwang in Form von wirtschaftlichem Druck erlaubt, solange er nicht durch zu hohe Solidaritätsbeiträge zum Verbandszwang wird⁶². Probleme gibt es dabei insbesondere bei den sog. Differenzierungsklauseln.

Die rechtliche Beurteilung von Verbands- und Anschlusszwang entspricht der wirtschaftsrechtlichen Funktion des Gesamtvereinbarungssystems. Die Macht der Koalitionen reicht heute weit über die ursprüngliche Aufgabe der Arbeitsmarktregelung hinaus. Sie sind an der Gestaltung des öffentlichen Lebens massgeblich beteiligt und üben zum Teil mitverantwortlich öffentliche Funktionen aus⁶³. Dabei vertreten sie ausnahmslos eine bestimmte politische Weltanschauung und sind auf eine starke Rückendeckung angewiesen. Deshalb ist es richtig, wenn ihnen nicht erlaubt wird, unter dem Deckmantel einer gewünschten Kartellierung des Arbeitsmarktes Arbeitnehmer⁶⁴ zum Verbandsbeitritt zu zwingen. Das Persönlichkeitsrecht des Einzelnen geht dem Interesse des Verbandes an starker Mitgliedschaft zweifellos vor⁶⁵. Damit ist aber keine grundsätzliche Wertung der Verbandstätigkeit vorgenommen.

Anschlusszwang ist demgegenüber unter *wirtschaftsrechtlicher* Betrachtungsweise nicht zu beanstanden. Der Staat hat auf dem Arbeitsmarkt zum Schutz der Arbeitnehmer das Koordinationsinstrument der Gesamtvereinbarungen zur Verfügung gestellt, und es ist nur richtig, dass die Koalitionen versuchen, diesem Instrument notfalls mit Vertragszwang Nachachtung zu verschaffen. Der Anschluss möglichst vieler Arbeitnehmer an die Gesamtarbeitsverträge ist erwünscht⁶⁶, aber auch genügend. So hat das Bundesgericht ausdrücklich festgestellt, dass der Arbeitnehmer durch Vertragszwang nicht in seiner Persönlichkeit verletzt werde⁶⁷. Negative Koalitionsfreiheit bietet dem Einzelnen das Recht, einer Organisation nicht beizutreten, heisst aber nicht, dass er auch von fremder Normsetzung freibleiben muss⁶⁸.

Etwas anders ist die Ausgangslage beim Vertragszwang gegen Andersorganisierte. Dem Interesse an umfassender Ordnung des Arbeitsmarkts

66 Ebenso BGE 75 II 313. Interessant ist in diesem Zusammenhang die Bemerkung in BBl. 1954 I 144f., wo für die Arbeitgeberseite ausgeführt wird, die Aussenseiter bilden «ein notwendiges Korrektiv gegen die einseitige Überspannung von Gruppeninteressen».

67 BGE 75 II 316.

68 MEIER, Koalitionszwang 97.

62 Ausführlich REHBINDER 157f.; MEIER, Koalitionszwang 94ff. Vgl. auch Art. 356b Abs. 2 OR.

63 Art. 32 Abs. 3 BV und Art. 34^{ter} Abs. 3 BV.

64 Oder Arbeitgeber. Der Verbandszwang der Arbeitgeber gegen Aussenseiter ist aber ohne praktische Bedeutung, MEIER, Koalitionszwang 87. Hingegen muss auch der Verbandszwang der Gewerkschaften gegen Arbeitgebersenseiter unzulässig sein, denn diese sind in ihrer Persönlichkeit gleich zu schützen wie die Arbeitnehmer, auch wenn die Interessenlage der Gewerkschaft eine andere ist als beim Verbandszwang gegen Arbeitnehmer.

65 So auch MEIER, Koalitionszwang 89.

stellt sich hier die positive Koalitionsfreiheit des Andersorganisierten und der Konkurrenzkoalition entgegen. Auch diesen Interessenkonflikt hat das Gesetz in Art. 356b Abs. 3 OR ausdrücklich geregelt: Anschlusszwang ist erlaubt, wenn die andere Organisation Gelegenheit hatte, selbst den Anschluss zu erklären oder einen entsprechenden Gesamtarbeitsvertrag abzuschliessen. Die Lösung ist meines Erachtens richtig. Eine andere Frage ist jene nach der Notwendigkeit mehrerer Gewerkschaften, also nach der Gewerkschaftspluralität. Sachlich scheint sie aus dem Blickwinkel des Gesamtvereinbarungssystems weder nötig noch erwünscht, hat aber andererseits den angenehmen Nebeneffekt, «per se machthemmend»⁶⁹ zu wirken. Als politisches Problem steht die Frage nach einer Einheitsgewerkschaft jedoch völlig ausser Diskussion. Wenn aber der Verbandspluralismus anerkannt wird, muss ihm auch der entsprechende rechtliche Schutz zukommen. Die Frage des Gewerkschaftspluralismus verliert weiter dadurch an Aktualität, dass sich die Minderheitsverbände bei Vertragsverhandlungen, beim Vertragsabschluss und beim Anschluss an bestehende Verträge sehr kooperativ zeigen⁷⁰.

Insgesamt hat die Regelung des Art. 356b OR das Aussenseiterproblem entschärft. Durch die weitgehende Zulässigkeit des Anschlusszwangs haben die Gewerkschaften das Interesse am Organisationszwang verloren⁷¹.

2. *Koalitionsfeindliche Massnahmen*

Nur bei einem Teilaspekt des Schutzes der positiven Koalitionsfreiheit spielt der allfällige Missbrauch der Kollektivmacht eine Rolle, nämlich beim Koalitionszwang gegen Andersorganisierte. Der Andersorganisierte wird nicht nur in seiner negativen, sondern auch in seiner positiven Koalitionsfreiheit verletzt. Gleichzeitig ist die positive Koalitionsfreiheit der Konkurrenzgewerkschaft gefährdet, welche gegenüber den Machtausübenden geschützt werden muss – und zwar auch gegen direkt gegen sie gerichtete ungerechtfertigte Machtausübung in Form von Boykott, Verdrängung und unlauterem Wettbewerb⁷². Dabei ist die positive Koalitionsfreiheit des Einzelnen und der Konkurrenzgewerkschaft höher zu bewerten als das Interesse der Machtausübenden an vollständiger Umfassung des Arbeitsmarkts.

Eindeutig ist hingegen die rechtliche Beurteilung aller weiteren Fälle koalitionsfeindlicher Massnahmen. Die Arbeitsverfassung beruht auf Gesamtvereinbarungen, welche genügende Kartellmacht der Arbeitsmarkt-

69 NOBEL 59.

70 HUG, Tarifaautonomie 178f.

71 So MEIER, Koalitionszwang 102f.

72 Vgl. zum Ganzen ausführlich STÖCKLI 57f., 69ff.

parteien voraussetzen. Die positive Koalitionsfreiheit ist dabei Funktionsvoraussetzung der sozialen Selbstverwaltung. Es geht nicht an, dass der Staat – welcher selbst die positive Koalitionsfreiheit zu respektieren hat – zulässt, dass die Bildung legitimer Macht auf dem Arbeitsmarkt durch Private vereitelt wird. Derjenige, welcher koalitionsfeindliche Massnahmen ergreift, hat überhaupt kein schutzwürdiges Interesse. Die unterschwellig immer mitspielende Angst vor zu mächtigen Gewerkschaften ändert daran nichts. Das Gesamtvereinbarungssystem beruht auf legitimer Macht der Koalitionen. Der Missbrauch dieser Macht ist ein anderes, um des Systems willen aber in Kauf zu nehmendes Problem. Sachwidrig ist es, wenn man glaubt, einem allfälligen Machtmissbrauch durch Verhinderung der Machtbildung vorbeugen zu können. Es geht vielmehr darum, die Machtausübung funktional zu begrenzen und die Grenzen klar herauszuarbeiten. So erreicht man auch eine Versachlichung der Diskussion.

Der rechtliche Schutz der positiven Koalitionsfreiheit liegt in der Schweiz im Argen⁷³. Im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit des Gesamtvereinbarungssystems kann dies gefährlich werden.

C. *Funktionswidrige Arbeitskämpfe*⁷⁴

Arbeitskämpfe sind in der Schweiz selten⁷⁵. Dennoch entbindet der Ruf als «Land der Friedensabkommen» nicht davon, bei der im System begründeten latenten Gefahr drohender Arbeitskämpfe für deren rechtliche Beurteilung gerüstet zu sein⁷⁶. Die Diskussion arbeitskampfrechtlicher Fragen in Zeiten relativer Ruhe trägt zudem den Vorteil in sich, bei der Lösung der oft politisch heiklen Probleme zu einer sachlichen Auseinandersetzung zu führen.

Es braucht nicht weiter ausgeführt zu werden, dass die Macht der Koalitionen und ihr allfälliger Missbrauch bei Arbeitskonflikten am augenfälligsten zutage tritt. Besonders heikel ist die Frage nach den Rechtmässigkeitsvoraussetzungen des Arbeitskampfes deshalb, weil Streik, Aussperrung

73 Ausführlich ebd. 59ff.

74 Vgl. zum Arbeitskampfrecht REHBINDER 179ff.; SCHLUEP, Überbordungsgefahren; die Arbeiten von HOHN und JAEGER; MÜNIR EKONOMI/MANFRED REHBINDER (Hrsg.), Recht und Arbeitskampf, Bern 1980 mit den Beiträgen von REHBINDER, Arbeitskampf, BRUNNER und MEIER, Aussperrung; Sonderheft «Recht des Arbeitskampfes», WuR 33 (1981) 3ff. mit den Beiträgen von VISCHER und ZANETTI, Friedenspflicht; ADRIAN W. FLÜHMANN, Die Auswirkung von Arbeitskämpfen im Arbeitsvertragsrecht, Bern 1976; ERNST ZWEIFEL, Der wilde Streik, Bern 1977; URS BÖNI, Begriff des Arbeitskampfes und dessen Folgen für das Arbeitsverhältnis, Diss. Basel 1970; sowie ALFRED HUECK/HANS CARL NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II/2, 7. A. Berlin/Frankfurt a.M. 1970, 853ff.; NIKISCH 78ff. und BROX/RÜTHERS.

75 Vgl. die Zahlen bei REHBINDER, Arbeitskampf 14.

76 REHBINDER 180 mit Hinweis auf SCHLUEP, Überbordungsgefahren.

und Boykott als «Rechtsfiguren des Arbeitsrechts»⁷⁷ es den Arbeitsmarktparteien ermöglichen, durch Schädigung des Gegners dessen Willen zu beugen. Da das Gebot des «neminem laedere» in unserer Rechtsordnung ein stetig hochgehaltenes Prinzip darstellt, ist der Beschränkung des Einsatzes von Kampfmitteln durch genaue Umschreibung der Rechtmässigkeitsvoraussetzungen besonders rigorose Beachtung zu schenken.

Die Lehre hat in den letzten Jahren allgemein anerkannte Kriterien entwickelt, welche die Abgrenzung von rechtmässigen und sog. funktionswidrigen Arbeitskämpfen erlauben⁷⁸. Diese Beurteilung folgt funktionalen Gesichtspunkten⁷⁹: Sinn und Zweck des Arbeitskampfes, in den grösseren wirtschaftsrechtlichen und kollektiv-arbeitsrechtlichen Zusammenhang gestellt, diktieren seine Grenzen⁸⁰: «Arbeitskampf ist Preiskampf am Arbeitsmarkt»⁸¹. Ein funktionierendes Gesamtvereinbarungssystem garantiert eine angemessene Einigung, wenn sich die Parteien von ökonomischen Überlegungen leiten lassen⁸². Arbeitskampf ist Wirtschaftskampf, nicht Klassenkampf.

Nach richtiger funktionaler Auffassung gelten Arbeitskämpfe unter folgenden Voraussetzungen als rechtmässig⁸³:

- Arbeitskämpfe müssen von tariffähigen Organisationen getragen werden, die dem Kampf durch Abschluss eines Gesamtarbeitsvertrags ein Ende setzen können.

- Die Forderungen, für die gekämpft wird, müssen durch Gesamtarbeitsverträge regelbar sein. Die Grenzen der Tarifautonomie sind somit zugleich auch Grenzen rechtmässiger Arbeitskämpfe.

- Arbeitskämpfe dürfen weder die gesetzliche noch eine vertragliche, weder relative noch absolute Friedenspflicht verletzen. Vor dem Ergrei-

77 SCHLUEP, Überbordungsgefahren 182.

78 REHBINDER 186.

79 Zu welch unhaltbaren Ergebnissen eine Auslegung führen kann, die diese Zusammenhänge ausser acht lässt, zeigt die sog. Trennungstheorie. Danach galt durch Auflösung eines rechtmässigen Arbeitskampfes der individuelle Arbeitsvertrag als gebrochen, wenn er nicht vorher gekündigt worden war. Die Gegenpartei hatte deshalb das Recht zur fristlosen Auflösung aus wichtigem Grund (Vgl. HEITZER 81f.). Heute ist die Trennungstheorie überwunden und man geht davon aus, dass die Beurteilung der Rechtmässigkeit des Arbeitskampfes sowohl für das Kollektiv wie für den Einzelnen gleich zu erfolgen habe (ausführlich BRUNNER 72ff.). Es kann nicht der Sinn des Individualarbeitsrechts sein, das Instrumentarium des kollektiven Arbeitsrechts zu unterlaufen. Wenn ein Arbeitskampf für das Kollektiv rechtmässig ist, muss er es auch für den Einzelnen sein. Das Recht zum Arbeitskampf ist auch ein Recht des Einzelnen, auch wenn er es nur im Kollektiv ausüben darf. Wie REHBINDER 195 sagt, ist die Trennungstheorie «nicht haltbar, wenn man mit dem Grundsatz der Kampffreiheit Ernst macht».

80 Wegweisend SCHLUEP, Überbordungsgefahren 177ff. Siehe auch JAEGER 45ff.; MEIER, Aussperrung 105.

81 RÜTHERS, Gerichtliche Zwangsschlichtung 35.

82 Vgl. vorn § 3 III. A.

83 Vgl. REHBINDER 186ff.; MEIER, Aussperrung 107.

fen von Kampfmassnahmen müssen gesetzliche oder vereinbarte Schlichtungsverfahren erfolglos geblieben sein.

- Arbeitskämpfe dürfen nur unter Beachtung der Satzungen der Koalitionen eingeleitet werden.

- Arbeitskämpfe unterstehen dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit (faire Kampfführung)⁸⁴.

Diese Grundsätze dürfen für die Schweiz als allgemein anerkannt bezeichnet werden. Einige Einzelprobleme stehen jedoch immer noch zur Diskussion⁸⁵.

D. Übermarchung in der Tarifautonomie (Überblick)

Zweck des Gesamtvereinbarungssystems ist es, den Arbeitsmarktparteien eine herrschaftsfreie (autonome) Regelung der Beziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern zu ermöglichen. Gegenstand der Gesamtarbeitsverträge ist die Regelung der Arbeitsbedingungen⁸⁶. Das bedeutet, dass auch die Tarifautonomie funktional begrenzt ist. Deshalb ist es gerechtfertigt, auch dann von Missbrauch der an und für sich legitimen Macht zu sprechen, wenn die Tarifpartner in ihrer Regelungsbefugnis übermarchen. Das kann nach zwei Seiten hin geschehen: Die Macht, welche das Gesamtvereinbarungssystem verleiht, wird ausgeübt, obwohl die entsprechenden Funktionsvoraussetzungen nicht gegeben sind, oder es werden mit Hilfe der Kollektivmacht Gegenstände geregelt, die der Vereinbarungsbefugnis der Tarifparteien entzogen sind (Grenzen der Tarifautonomie). Diese Probleme sind Gegenstand des zweiten Teils der Arbeit. Dabei sollen unter wirtschaftsrechtlichem Gesichtspunkt insbesondere folgende Probleme der Tarifautonomie näher betrachtet werden:

- das Problem fehlender Grenzzisiken.
- die Frage nach der Bereitschaft zur Druck- und Machtausübung der Vertragsparteien und der rechtlichen Schranken entsprechenden Verzichts.
- das Günstigkeitsprinzip als Schranke der Tarifautonomie.
- die Abgrenzung zwischen Kartellgesetz und kollektivem Arbeitsrecht.
- die Grenzen der Vereinbarung von Mitbestimmungsnormen in Gesamtarbeitsverträgen.

84 Die Ultima-ratio-Doktrin ist umstritten, vgl. REHBINDER 192. Bejahend SCHLUEP, Überbordungsgefahren 192 und MEIER, Aussperrung 107.

85 Erinnert sei hier z.B. an den Sympathiestreik (dazu REHBINDER 187f.; SCHLUEP, Überbordungsgefahren 196f.) und an die Angriffsaussperrung.

86 REHBINDER 171.

Zweiter Teil:

Funktionsvoraussetzungen und Grenzen der Tarifautonomie unter wirtschaftsrechtlichen Gesichtspunkten (dargestellt anhand von Einzelproblemen)

§ 5 Tarifautonomie im Allgemeinen

I. Vorbemerkung

Die folgenden allgemeinen Ausführungen zur Tarifautonomie, ihren Funktionsvoraussetzungen und Grenzen wollen den Gesamtzusammenhang aufzeigen, in den die anschliessend zu behandelnden Einzelprobleme zu stellen sind. Daneben soll auf wenige allgemeine Grundsätze hingewiesen werden, welche bei den Einzelproblemen von Bedeutung sind. Die Hinweise können und wollen nicht umfassend sein und stehen unter diesem Vorbehalt.

Das gilt vor allem für die Grenzen der Tarifautonomie. Allgemein-gültige Aussagen über den Umfang der Tarifautonomie helfen wenig weiter, zumal dieser generalklauselartig und nicht ein für alle Mal festgelegt ist. Ihrer Funktion entsprechend ist die Tarifautonomie aber begrenzt. Die Diskussion über die Grenzen der Tarifautonomie ist in Deutschland bereits seit vielen Jahren in vollem Gang¹. Und obwohl die Problematik auch für die Schweiz aktuell ist, hat sie bei uns noch nicht die entsprechende Beachtung gefunden².

Die Tarifautonomie wird von verschiedenen Richtungen her begrenzt. Diese sind nur schwer unter einen Hut zu bringen. Obwohl für Deutschland verschiedene umfassendere Werke vorliegen, lässt sich nicht von einer allgemeinen und vollständigen Systematik der Grenzen der Tarifautonomie sprechen. Wie hier wird allgemein bei der Behandlung der Grenzen der Tarifautonomie das Vorgehen vom Einzelproblem her jenem vom Grundsätzlichen her vorgezogen.

¹ Es sei hier nur verwiesen auf: HUECK/NIPPERDEY 365ff.; SÖLLNER 127ff.; WIEDEMANN, STUMPF Linf. N 48ff., 158ff.; die Verhandlungen der arbeitsrechtlichen Abteilung des 46. Deutschen Juristentags in Essen (1966) mit den Gutachten von KRÜGER und BIEDENKOPF sowie dem Referat von HIRSCHL; die Monographien von BIEDENKOPF, Tarifautonomie und RICHARDI; sowie auf den Sammelband HELMUT DUVERNEL (Hrsg.), Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Probleme der modernen Demokratie, Berlin 1968 mit dem Beitrag von HUG, Tarifautonomie.

² In den Standardwerken als eigene Thematik nur bei REHBINDER 171ff.; vereinzelt Hinweise bei SCHWENGRUBER BIGLER. An Monographien seien hier (neben einigen Diss. zum Günstigkeitsprinzip) die Arbeiten von BÄNZIGER, Effektivklausel und MATTHYS erwähnt.

II. *Begriff und Umfang der Tarifautonomie*

A. *Begriff*

Es finden sich in der Literatur verschiedene Definitionen der Tarifautonomie. Der Begriff wird jedoch meist als selbstverständlich vorausgesetzt und nur beiläufig umschrieben. Immerhin sind die verschiedenen Umschreibungen inhaltlich deckungsgleich. Es soll deshalb auch hier auf eine eigentliche Definition verzichtet werden, denn die gängigen Umschreibungen genügen als Grundlage vollkommen und machen klar, was Tarifautonomie heisst.

REHBINDER umschreibt die Tarifautonomie als «die Befugnis der Koalitionen, durch Gesamtarbeitsverträge die Arbeitsbedingungen zu regeln»³. HUG spricht davon, dass durch die Tarifautonomie privaten Rechtssubjekten die Befugnis zur Rechtsetzung für das Arbeitsverhältnis eingeräumt werde⁴ und den tariffähigen Subjekten die autonome Ordnung des Arbeitsverhältnisses in den Schranken des Gesetzes überlassen sei⁵. WIEDEMANN-STUMPF sprechen vom Recht der Berufsverbände, «die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in Tarifverträgen selbstverantwortlich zu regeln»⁶ oder schlicht und einfach von der «Rechtsetzungsmacht durch Tarifverträge»⁷.

B. *Umfang*

1. *In sachlicher Hinsicht*

Es stellt sich sogleich die viel wichtigere Frage, wie weit die Rechtsetzungsbefugnis der Koalitionen reicht und welchen Schranken sie unterworfen ist. Was darf im Rahmen der Tarifautonomie als Inhalt eines Gesamtarbeitsvertrags vereinbart werden?

Dass die Tarifautonomie engeren Grenzen als die Privatautonomie unterworfen ist, gilt – unabhängig davon, wie man sie rechtlich auffasst⁸ – als unbestritten⁹. Das folgt daraus, dass die Tarifautonomie gegenüber der Privatautonomie in verschiedener Hinsicht privilegiert ist: Den Koalitionen

3 REHBINDER 171. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass er noch in der 3. A. (Grundriss des schweizerischen Arbeitsrechts, Bern 1975, 143) in Anlehnung an die deutsche Lehre von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen sprach.

4 HUG, Tarifautonomie 188.

5 Ebd. 189.

6 WIEDEMANN-STUMPF Ein. N 1.

7 Ebd. Einl. N 158.

8 Vgl. zur Rechtsnatur des GAV neuerdings BÄNZIGER, Effektivklausel 63ff.

9 Z.B. SCHLUEP, Überbordungsgefahren 181; BÄNZIGER, Effektivklausel 111.

als Trägern der Tarifaufonomie wird die Kartellierung des Arbeitsmarktes und seine Koordination durch Gesamtvereinbarungen erlaubt; diese Gesamtvereinbarungen regeln die Arbeitsverhältnisse der beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer normativ und unabdingbar, d.h. in gesetzsgleicher Weise und mehr noch: zur Erreichung der geforderten Arbeitsbedingungen sind die Koalitionen sogar zum wirtschaftlichen Kampf legitimiert¹⁰. Dabei ist es gerade im Hinblick auf den letzten Punkt von ausserordentlicher Bedeutung, die Grenzen der Tarifaufonomie zu kennen, denn Arbeitskämpfe sind nur zulässig, wenn sie einen durch Gesamtarbeitsverträge regelbaren Gegenstand anvisieren.

Auszugehen ist von Art. 356 OR. Inhalt eines Gesamtarbeitsvertrags können normative, indirekt-schuldrechtliche und schuldrechtliche Bestimmungen sein. Normative Bestimmungen regeln als Abschluss-, Inhalts- und Beendigungsnormen die einzelnen Arbeitsverhältnisse der beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer (Art. 356 Abs. 1 OR). Durch Art. 357 OR wird diesen Bestimmungen normative Wirkung verliehen, so dass sie für die Betroffenen wie Gesetze im materiellen Sinn gelten¹¹. Durch schuldrechtliche Bestimmungen werden die Rechte und Pflichten der Parteien des Gesamtarbeitsvertrags festgelegt (Art. 356 Abs. 3 OR). Sie wirken nur zwischen den Parteien des Gesamtarbeitsvertrags.

Neben diesen klassischen Bestimmungen kennt das Obligationenrecht eine dritte Art, die sog. indirekt-schuldrechtlichen Bestimmungen (Art. 356 Abs. 2 OR). Sie sind problematisch. Die Parteien können demnach auch andere Bestimmungen in die Gesamtarbeitsverträge aufnehmen, soweit sie das Verhältnis zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern betreffen. Gemeint ist damit sicher eine Erweiterung des materiellen Inhalts der Gesamtarbeitsverträge¹², durch welche den beteiligten Arbeitgebern und Arbeitnehmern subjektive Verhaltenspflichten auferlegt werden¹³. Sie sind grösstenteils ihrer Natur nach nicht geeignet, in die individuellen Arbeitsverträge aufgenommen zu werden, weshalb sie auch nicht der normativen Wirkung zugänglich sind. Ursprünglich sah der Entwurf des Bundesrates vor, dass bei entsprechender Vereinbarung für sämtliche indirekt-schuldrechtlichen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrags ein direkter Anspruch der Gesamtarbeitsvertragsgemeinschaft gemäss Art. 357b OR gegenüber den einzelnen verpflichteten Arbeitgebern und Arbeitnehmern bestehen sollte¹⁴. Gesetz wurde jedoch eine Fassung, die nur die in Art. 357b Abs. 1 lit. b und

10 Vgl. dazu auch BÄNZIGER, Effektivklausel 106.
11 REHBINDER 161.
12 Ebd. 169.
13 So HUG, Beiträge 314.
14 BBl. 1954 I 187.

c OR aufgezählten indirekt-schuldrechtlichen Bestimmungen der «halbnormativen»¹⁵ Wirkung zugänglich macht. Alle übrigen indirekt-schuldrechtlichen Bestimmungen haben lediglich schuldrechtliche Wirkung^{16, 17}.

Den normativen und den indirekt-schuldrechtlichen Bestimmungen ist somit gemeinsam, dass sie die Belange der beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer regeln und diesen Pflichten auferlegen und Rechte zugestehen. Es geht um die eigentliche Regelung der Arbeitsbedingungen. Im übrigen unterscheiden sie sich in der Durchsetzung: Sie wirken normativ, halb-normativ oder nur schuldrechtlich¹⁸. Somit wird die Fremdbestimmung zu- lasten der beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer durch Art. 356 Abs. 2 OR allgemein beschränkt. Die Vertragsparteien dürfen im Rahmen der Fremdbestimmung nur solche Vereinbarungen treffen, die das Verhältnis zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern betreffen¹⁹.

Daran schliessen sich zwei weitere Fragen an. Die erste spielt für den Umfang der Tarifautonomie keine grosse Rolle. Normative Bestimmungen beziehen sich vom Umfang her grundsätzlich auf das Arbeitsvertrags- recht²⁰. Was technisch nicht normativ vereinbar ist, kann als indirekt-schuldrechtliche Bestimmung vereinbart werden, solange die allge- meine Grenze beachtet wird. Es ist somit für die Grenzen der Tarifautono- mie weniger von Bedeutung, wo die Grenze zwischen normativen und indi- rekt-schuldrechtlichen Bestimmungen verläuft. Wichtiger ist die zweite Frage. Alles, was normativ vereinbart werden kann, ist auch schuldrechtli- cher Bestimmung zugänglich. Dürfen nun die Vertragsparteien ein Verbot normativer Regelung dadurch umgehen, dass sie den gleichen Sachverhalt schuldrechtlich vereinbaren? Unter dem Stichwort «Harmoniethe- se»²¹ wird diese Frage von BÄNZIGER in der schweizerischen Literatur erstmals beant-

15 REHBINDER 169. Der Unterschied zwischen den normativen und den halbnormativen Bestimmungen besteht darin, dass als Berechtigte der halbnormativen Bestimmungen nicht die Partner der individuellen Arbeitsverhältnisse, sondern die Parteien des GAV zusammen, die jeweils andere Partei oder ein von den Vertragsparteien bestimmter Dritter in Frage kommen, vgl. ebd. 169.

16 So die h.L., vgl. für viele SCHWEINGRUBER/BIGLER 40, 76; EYERENCI 75 und wohl auch REHBINDER 169.

17 Wenn im folgenden jeweils von indirekt-schuldrechtlichen Bestimmungen gespro- chen wird, sind immer alle jene Bestimmungen gemeint, die nicht die Vertragspar- teien selbst, sondern die Normunterworfenen betreffen (COESTER 111 nennt sie «dritt- bezogene Vereinbarungen») und nicht normative sind; und zwar unabhängig von ihrer Wirkung (halbnormativ oder lediglich schuldrechtlich).

18 D.h., sie werden durch Einwirkung der Verbände auf die Verpflichteten durchgesetzt (Art. 357a Abs. 1 OR).

19 Die Einschränkung gilt dem Wortlaut nach für die indirekt-schuldrechtlichen Bestim- mungen, ist aber selbstverständlich auch bei den normativen zu beachten, da die Re- gelungszuständigkeit der Parteien durch indirekt-schuldrechtliche Bestimmungen über jene durch normative hinausreicht.

20 REHBINDER 167.

21 BÄNZIGER 140.

wortet. Mit sorgfältiger Begründung²² kommt er zum Schluss, dass die übereinstimmende schuldrechtliche Regelung eines der normativen Wirkung grundsätzlich zugänglichen Sachverhalts den gleichen Schranken wie die Normregelung zu unterwerfen ist²³.

Damit ist erst der allgemeine Umfang der normativen sowie der indirekt-schuldrechtlichen Bestimmungen umschrieben. Das Gesetz sieht nun aber vor, dass die Vertragsparteien zudem befugt sind, ihre Rechte und Pflichten untereinander zu regeln (Art. 356 Abs. 3 OR). Es geht um «rein kollektive»²⁴ und nur die Vertragsparteien betreffende obligatorische Bestimmungen²⁵. REHBINDER²⁶ erklärt, jeder nach allgemeinem Vertragsrecht zulässige Inhalt könne Inhalt schuldrechtlicher Bestimmungen sein. Diese Aussage scheint zu allgemein. Koalitionen sind zwar nicht nur tariffähig, sie sind zugleich auch juristische Personen (Vereine oder Genossenschaften) und können sich in dieser Eigenschaft auf die allgemeine Vertragsfreiheit berufen. Es steht ihnen sicher auch frei, mit der Arbeitsmarktgegenseite in ihrer Eigenschaft als Privatrechtssubjekte beliebige obligatorische Verträge abzuschliessen. Aber – und nun folgt die Einschränkung – sie können sich nicht bei jedem beliebigen Vertrag auf ihre Privilegierung als Teil der sozialen Selbstverwaltung des Arbeitsmarkts berufen²⁷. Die Privilegierung ist streng funktionsgebunden und kann sich auf schuldrechtliche Bestimmungen nur innerhalb dieses Funktionsbereichs beziehen²⁸.

Diese Einschränkung wird in Deutschland insbesondere von RICHARDI im Zusammenhang mit der soeben erwähnten Harmoniethese betont²⁹. Er führt aus, dass die Tarifvertragsparteien ihre funktionelle Stellung dann überschreiten, wenn sich eine schuldrechtliche Bestimmung überhaupt nicht auf den Bereich der abhängigen Arbeit bezieht. Solche Vereinbarungen unterstünden den allgemeinen schuldrechtlichen Regeln, auch soweit sie Dritte betreffen³⁰. Auch diesem Resultat ist beizustimmen – wiederum unter dem Gesichtspunkt der funktionalen Begrenzung der Privilegierung³¹ der Koalitionen.

22 Unter Berufung auf die deutsche Lehre, insb. auf RICHARDI 197ff.

23 BÄNZIGER 137ff.

24 COESTER 111.

25 Sie sind insb. scharf von denjenigen indirekt-schuldrechtlichen Bestimmungen zu trennen, die rein schuldrechtliche Wirkung haben.

26 REHBINDER 161.

27 Als fiktives Bsp.: Ein Arbeitgeber kann zwar einer Gewerkschaft ein Grundstück verkaufen, darf aber zur Erzielung eines besseren Kaufpreises sicher keine Arbeitnehmer aussperren.

28 Die Einschränkung ist nicht zuletzt deshalb von Bedeutung, weil die Frage der Erstreckbarkeit rein schuldrechtlicher Bestimmungen nicht restlos geklärt ist, vgl. dazu HÖLTERS 121ff.

29 RICHARDI 202f. Vgl. dazu auch BIEDENKOPF, Tarifautonomie 17ff.

30 Zu diesen sind auch die Tarifunterworfenen zu zählen.

31 Kartellmacht und Arbeitskampffähigkeit.

Damit ist noch nicht gesagt, wann eine rein schuldrechtliche Abrede – welche naturgemäss anderer Art ist als eine die Regelungsunterworfenen betreffende – sich noch im funktionalen Bereich der kollektiven Regelung der Arbeitsbedingungen bewegt. Die Umschreibung des konkreten Umfangs schuldrechtlicher Bestimmungen erfolgt in der schweizerischen Literatur in aufzählender Weise. In erster Linie zählen dazu die beiden im Gesetz ausdrücklich erwähnten Pflichten, die Friedens- und die Einwirkungspflicht³². Hinzu kommen Vereinbarungen, welche die Kontrolle und die Durchsetzung der Gesamtarbeitsverträge gewährleisten sollen³³. Hiezu gehören Bestimmungen über paritätische Kommissionen in allen Schattierungen³⁴ bis hin zur Vertragsgemeinschaft³⁵. Weitere schuldrechtliche Absprachen können beispielsweise die Schaffung und Unterhaltung gemeinsamer Einrichtungen, das ganze Schlichtungsprozedere, Schiedsgerichtsklauseln, Konventionalstrafen usw. betreffen³⁶.

Die Aufzählung ist nicht abschliessend und soll nur die Richtung weisen. Alle Autoren gehen – offenbar stillschweigend – davon aus, dass zum schuldrechtlichen Teil nicht jede obligatorische Verpflichtung der Vertragsparteien zu zählen ist, sondern nur solche, welche sich aus der Funktion der Koalitionen zur autonomen Gestaltung des Arbeitslebens ergeben. Der Natur der Sache nach sind diese Abreden anderer Art als jene im Bereich der Regelungsmacht. Um mit WIEDEMANN/STUMPF zu sprechen, handelt es sich um «Abreden verschiedenster Art», welche «im Zusammenhang mit oder aus Anlass des Tarifabschlusses getroffen werden»³⁷.

Als letztes ist auf eine Besonderheit des Firmenvertrags, bei dem der Arbeitnehmerseite lediglich ein einzelner Arbeitgeber gegenübersteht, hinzuweisen: Hier gibt es für den einzelnen Arbeitgeber begrifflich nur schuldrechtliche Bestimmungen. Da er aber zugleich Vertragspartei und Regelungsunterworfener ist, wirken für ihn alle Vereinbarungen normativ. Da die Grenzen der Tarifautonomie als Einheit zu betrachten sind und die Regelungsmacht davon unabhängig sein muss, ob als Vertragspartei auf der Arbeitgeberseite ein Verband oder nur ein einzelner Arbeitgeber steht, bleibt hier immer zu unterscheiden zwischen Abreden, die die Arbeitsbedingungen regeln und rein schuldenrechtlichen Abreden. Die Grenzen der Regelungsmacht müssen auch für den Firmenvertrag gelten.

32 Art. 357a Abs. 1 und 2 OR.

33 Art. 356 Abs. 3 OR.

34 GYSIN 432 spricht von den «paritätischen Organisations- und Tätigkeitsformen».

35 REHBINDER 166.

36 Vgl. z.B. ebd. 166; COESTER 111.

37 WIEDEMANN/STUMPF N 322 zu § 1 TVG.

2. *In persönlicher Hinsicht*

Die autonome Regelungsbefugnis ist auf die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer beschränkt³⁸. Umfasst werden dadurch die ursprünglich den vertragsschliessenden Verbänden angehörenden Arbeitgeber und Arbeitnehmer sowie diejenigen, welche Mitglieder eines nachträglich beigetretenen Verbands³⁹ sind oder die den Anschluss im Sinne von Art. 356b Abs. 1 OR erklärt haben. Aussenseiter sind nicht tarifgebunden. Die Erweiterung der Tarifgebundenheit auf Aussenseiter durch Allgemeinverbindlich-erklärung hat sich der Staat selbst vorbehalten.

3. *Positive Umschreibung der Tarifautonomie*

Angesichts der vorangegangenen Ausführungen erscheint es wenig sinnvoll, den Umfang der Tarifautonomie in einer umfassenden positiven Umschreibung festlegen zu wollen. Eine solche Umschreibung wäre nicht aussagekräftiger als die erwähnten Begriffsumschreibungen und gäbe für den konkreten Umfang der Tarifautonomie wenig her. Wie weit die Tarifautonomie reicht, ist aufgrund ihrer Grenzen festzustellen.

Immerhin lassen sich drei allgemeine Grundsätze aufstellen:

a) Die Regelungsbefugnis der Vertragsparteien durch normative und indirekt-schuldrechtliche Bestimmungen ist auf solche Gegenstände beschränkt, die das Verhältnis zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern betreffen⁴⁰. Die Regelungsbefugnis bezieht sich also allgemein auf die Arbeitsbedingungen⁴¹, auf die Beziehungen zwischen Arbeitgebern und ihren Arbeitnehmern^{42, 43}.

38 Art. 356 Abs. 1 OR. Oft wird für die Aussenseiter begünstigende Absprachen eine Ausnahme angenommen, sog. Tarifaussenseiterklauseln. Vgl. RICHARDI 202; WIEDEMANN-STUMPF Einl. N 70. Sie geben den Aussenseitern jedoch keine Leistungsansprüche, vgl. REHBINDER 175.

39 Art. 356 Abs. 4 OR.

40 Art. 356 Abs. 2 OR.

41 REHBINDER 171.

42 SCHWEINGRUBER/BIGLER 41.

43 Formell entspricht die Umschreibung in Art. 356 Abs. 2 OR jener in Art. 9 Abs. 3 GG, in welchem von der Regelung der «Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen» die Rede ist. Auch wenn sich die Regelungen materiell nicht decken, hindert das nicht, dass auch bei der Feststellung der Grenzen der Tarifautonomie die deutsche Lehre herangezogen werden kann. Die Probleme sind oft identisch und schon mancher Blick über die Grenze hat mehr Klarheit gebracht. Im übrigen bedeutet der unterschiedliche Wortlaut («Wirtschaftsbedingungen») keine grundsätzliche Erweiterung der Tarifautonomie über den Arbeitsmarkt hinaus. Er betont nur den Blickwinkel des Unternehmers: Für ihn sind die Arbeitsbedingungen zugleich Wirtschaftsbedingungen, vgl. dazu WIEDEMANN-STUMPF Einl. N 167.

Anzumerken bleibt, dass die Gestaltung der Arbeitsbedingungen absolute Grenze der Regelungsbefugnis ist. Was darüber hinausreicht, überschreitet die Grenzen der Tarifautonomie. Falsch wäre aber der Umkehrschluss, innerhalb dieser absoluten Grenze sei jeder Norminhalt zulässig. Auch innerhalb dieses allgemeinen Bereichs ist die Regelungsbefugnis noch verschiedenen weiteren Schranken unterworfen.

SCHWEINGRUBER⁴⁴ ist insofern zuzustimmen, dass der Inhalt der Regelungsbefugnis nicht ein für alle Mal feststeht und es keine feste Grenze gibt. Die Auffassungen können sich ändern, den Bereich erweitern oder einschränken⁴⁵. Nicht zu folgen ist aber dem Schluss, es sei deshalb entsprechend der freiheitlichen Tendenz des Gesetzes eine ausdehnende Interpretation am Platz⁴⁶. Auszugehen ist vielmehr vom Zweck der Tarifautonomie, den Koalitionen die autonome und kollektive Koordination des Arbeitsmarkts zu ermöglichen. Man spricht deshalb von funktionaler Auslegung⁴⁷. Nach der Schutztheorie von BIEDENKOPF wird dabei die Regelungsbefugnis inhaltlich vor allem durch die Schutzfunktion beschränkt⁴⁸. Dieser Theorie ist widersprochen worden mit der Begründung, die übrigen Funktionen seien ebenfalls angemessen zu berücksichtigen⁴⁹. Der Einwand scheint mir unbegründet, denn bei genauerem Hinsehen ist auch BIEDENKOPF selbst dieser Ansicht⁵⁰. Es geht im konkreten Auslegungsfall immer darum, was eine «angemessene Berücksichtigung» bedeutet. Dabei sei zugestanden, dass sich die Funktionen der Tarifautonomie in letzter Zeit erweitert haben und das Hauptgewicht nicht mehr nur auf der Schutzfunktion liegt⁵¹. Wer diese Funktion aber völlig zurückdrängen will, vernachlässigt, dass die wirtschaftsrechtliche Rechtfertigung für das Gesamtvereinbarungssystem auf

44 SCHWEINGRUBER/BIGLER 41.

45 So verliert z.B. in letzter Zeit die Schutzfunktion an Bedeutung.

46 SCHWEINGRUBER/BIGLER 41. Eine solche Auslegung nähert sich gefährlich der Ansicht von HERSCHEL, Referat D 11, die Koalitionen könnten ihre Aufgaben selbst bestimmen, es stünde ihnen eine Art Kompetenz-Kompetenz zu.

47 Vgl. BIEDENKOPF, Tarifautonomie 32; WIEDEMANN/STUMPF Einl. N 160; im Kontext ebenso SCHLUEP, Überbordungsgefahren 179; als anschauliches Anwendungsbeispiel BÄNZIGER, Höchsttarbeitsbedingungen 410ff., insb. 424. Siehe auch vorn § 3 III. B. bei FN 41.

48 BIEDENKOPF, Tarifautonomie 75; *ders.*, Gutachten 113.

49 Vgl. RICHARDI 183; WIEDEMANN/STUMPF Einl. N 160 mit weiteren Zitaten; noch weiter SÖLLNER 129, der der funktionalen Auslegung jeglichen Wert abzusprechen scheint.

50 Vgl. BIEDENKOPF, Gutachten 113, wo er ausdrücklich sagt, es sei «vor allem» auf die Schutzfunktion zurückzugreifen.

51 REHBINDER 19; WIEDEMANN/STUMPF Einl. N 1. Es muss jedoch nicht sein, dass sich die verschiedenen Funktionen in die Quere kommen. Wo ein GAV nur Ordnungsfunktionen ausübt, hat die Begrenzung der Kollektivmacht aus der Gesamtfunktion und der Ordnungsfunktion im Speziellen zu erfolgen.

dem Arbeitsmarkt nur das Schutzbedürfnis der schwächeren Arbeitnehmerseite ist. Die übrigen Funktionen – insbesondere die Ordnungsfunktion – rechtfertigen die Kollektivmacht nicht und haben deshalb im Auslegungskonflikt gegenüber der Schutzfunktion zurückzutreten⁵².

b) Die inhaltliche Reichweite der drei Arten gesamtarbeitsvertraglicher Bestimmungen ist nicht gleich. Es ist deshalb im konkreten Einzelfall notwendig, die Grenzen der Tarifautonomie für alle drei Arten einzeln zu bestimmen.

c) Grundsätzlich erstreckt sich die Regelungsbefugnis der Koalitionen nur auf die Tarifgebundenen.

III. Funktionsvoraussetzungen der Tarifautonomie

A. Allgemeines

Damit die Tarifautonomie ihrer Funktion gerecht werden kann, müssen verschiedene Voraussetzungen erfüllt sein. Zum Teil sind sie bereits zur Sprache gekommen: Die Rechtsordnung muss Koalitions- und Kampffreiheit sowie Tarifautonomie in funktionstüchtiger Ausgestaltung gewähren und notfalls für die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen besorgt sein. Im übrigen hat sich der Staat den legitim Machtausübenden gegenüber neutral zu verhalten.

Damit ist ein funktionsgerechter Marktausgleich noch nicht garantiert. Die Machtträger selbst müssen gewissen Anforderungen genügen (= sog. Tariffähigkeit⁵³). Zudem kann das Gesamtvereinbarungssystem nur dann sachgerechte Ergebnisse liefern, wenn es in den richtigen gesamtwirtschaftlichen Zusammenhang gestellt wird. Gesamtvereinbarungen auf dem Arbeitsmarkt bedingen gütermarktlichen Wettbewerb. Das äussert sich in den arbeitsmarktlichen Grenzkrisen⁵⁴.

Auf dem Arbeitsmarkt werden Daten von massgeblicher volkswirtschaftlicher Bedeutung festgelegt. Der Koordination durch Gesamtvereinbarung wird gegenüber anderen Koordinationssystemen der Vorzug gegeben, weil man von ihr im Hinblick auf die übergeordneten Zielsetzungen (Subordination) die besten Ergebnisse erwartet. Das System an sich leidet

52 So BUDENKOPF, Gutachten 113. Ebenso für das Günstigkeitsprinzip BÄNZIGER, Höchsttarbeitsbedingungen 423f.; und zwar gegen SCHWEINGRUBER-BIGLER 61; ebenfalls a.M. WIEDEMANN/STUMPF Einl. N 160.

53 Vgl. sogleich B.

54 Vgl. dazu ausführlich hinten § 6.

jedoch bereits an Mängeln⁵⁵, deren Verstärkung unbedingt vorgebeugt werden muss. Deshalb ist der Beachtung der Funktionsvoraussetzungen der Tarifaufautonomie rigorose Aufmerksamkeit zu schenken⁵⁶.

B. *Insbesondere Tariffähigkeit*

Nach Art. 356 Abs. 1 OR dürfen Gesamtarbeitsverträge auf Seiten der Arbeitnehmer nur durch Koalitionen, auf Arbeitgeberseite durch Koalitionen oder einzelne Arbeitgeber abgeschlossen werden. Nur diese bieten Gewähr dafür, dass der Machtausgleich unabhängig vom Gegner und von Dritten erfolgt und dass die eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen eingehalten werden⁵⁷ – oder allgemein: nur Koalitionen können «ihrer Funktion als soziale Gegenspieler gerecht werden»⁵⁸.

Tariffähigkeit bedeutet, dass sämtliche Voraussetzungen einer Koalition erfüllt sein müssen und dass diese gemäss Statuten oder durch ihre Mitglieder zum Abschluss von Gesamtarbeitsverträgen ermächtigt ist⁵⁹:

- Freiwilliger Zusammenschluss: Die individuelle negative und die kollektive Koalitionsfreiheit⁶⁰ verbieten Zwangsverbände.

- Gegnerfreiheit⁶¹.

- Unabhängigkeit von Dritten: Die Autonomie der Koalitionen bei der Regelung der Arbeitsbedingungen verbietet die Einflussnahme Dritter. Als solche kommen insbesondere Staat, Parteien oder Kirchen in Frage.

- Privatrechtliche Vereinigung: Dieses Erfordernis dient verschiedenen Zielen. Es gewährleistet Staatsunabhängigkeit, sorgt für Konstanz bei der Rolle als Sozialpartner und soll beim Hausverband – soweit man ihn zulassen will – Gegnerfreiheit garantieren. Die Rechtsform des Vereins oder der Genossenschaft bringt zudem den einzelnen Mitgliedern ein Mindestmass an verbandsinternem Rechtsschutz und unterstellt die Koalitionen den verfassungsrechtlichen Schranken der Vereinsfreiheit⁶².

- Wahrnehmung kollektiver Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen: nicht als einziger, aber als notwendiger Zweck einer Koalition. Hierher

55 Vgl. vorn § 3 III. C.

56 Vgl. auch RICHARDI, Die AG 1979 37; RÜTHERS, Kollektives Arbeitsrecht und Wettbewerbsordnung 398ff.

57 So REHBINDER 160.

58 Ebd. 150.

59 Vgl. zum Rechtsbegriff der Koalitionen und zur Tariffähigkeit ebd. 150ff., 159f.; HUG, Beiträge 288ff.; WIEDEMANN/STUMPF N 5ff. zu § 2 TVG.

60 Als Garantin der Koalitionspluralität.

61 Vgl. dazu unter dem Aspekt der Mitbestimmung § 10.

62 Art. 56 BV.

gehört die Frage nach der Bereitschaft zur Druckausübung und zum Arbeitskampf und nach den Grenzen des Verzichts auf diese Mittel⁶³.

– Formelle Legitimation⁶⁴: Der Abschluss von Gesamtarbeitsverträgen muss in allen Belangen mit dem Verbandsrecht im Einklang stehen.

IV. *Grenzen der Tarifaautonomie*⁶⁵

A. *Grenzen der Regelungszuständigkeit*

Die folgenden Grenzen ergeben sich aus der negativen Abgrenzung des Begriffs «Arbeitsbedingungen» im Sinn von Art. 356 Abs. 2 OR und der Abgrenzung von Kollektivmacht und individueller Freiheit (Individualbereich, Günstigkeitsprinzip, Aussenseiter).

1. *Individualbereich*⁶⁶

Eingriffe in das Privatleben⁶⁷ lassen sich nicht mit der Zuständigkeit der Koalitionen zur Regelung der Arbeitsbedingungen vereinbaren. Folgende Stichworte umschreiben die hier auftretenden Fragen: Lohnverwendungsvorschriften, Nebenbeschäftigungsverbote, Verpflichtung zur Teilnahme an Bildungsveranstaltungen. Immer dürfte es um Fälle gehen, in denen das Individualinteresse jenes der Kollektivmacht überwiegt⁶⁸.

2. *Vertragsfreiheit*

a) *der Tarifunterworfenen*

Das Gesamtvereinbarungssystem findet seine Rechtfertigung immer noch in der Schutzfunktion. Der Arbeitnehmer muss vor dem übermächtigen Arbeitgeber geschützt werden. Damit erschöpft sich diese Funktion. Ist der Schutz gewährleistet, gibt es keinen Grund, unter den einzelnen Arbeitnehmern nicht freien Wettbewerb walten zu lassen. Das Gesetz statuiert deshalb das Günstigkeitsprinzip⁶⁹, welches besagt, dass die Regelung

63 Vgl. dazu ausführlich hinten § 7.

64 So WIEDEMANN/STUMPF Einl. N 19; vgl. ausführlich BIEDSKOPF, Tarifaautonomie 59ff.

65 Die Einteilung folgt REHBINDER 171ff. und SÖLLNER 127ff.

66 Vgl. dazu BIEDSKOPF, Tarifaautonomie 252ff.; HULCK-NIPPERDEY 405; KRÜGER 77ff.; RICHARDI 331ff.; WIEDEMANN/STUMPF Einl. N 208ff.

67 So REHBINDER 172.

68 WIEDEMANN/STUMPF Einl. N 208.

69 Vgl. dazu ausführlich hinten § 8.

gen des Einzelarbeitsvertrags zugunsten des Arbeitnehmers von jenen des Gesamtarbeitsvertrags abweichen dürfen⁷⁰.

b) der Aussenseiter

Für die Aussenseiter gilt grundsätzlich Vertragsfreiheit. Ob diese durch die Parteien eines Gesamtarbeitsvertrags in Ausübung von Koalitions- und Anschlusszwang beeinträchtigt wird, wird systematisch unter dem Gesichtspunkt der Koalitionsfreiheit, nicht der Tarifautonomie untersucht⁷¹.

Das Obligationenrecht kennt keine § 3 Abs. 2 TVG entsprechende Bestimmung, welche für gewisse Gegenstände die Tarifgebundenheit der Aussenseiter normieren würde. Die Erweiterung der Tarifgebundenheit auf Aussenseiter hat sich der Staat mit dem Institut der Allgemeinverbindlicherklärung selbst vorbehalten.

Das schliesst selbstverständlich nicht aus, dass Gesamtarbeitsverträge für Aussenseiter wie Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet werden und so auch für diese enorme Bedeutung haben⁷².

3. Wirtschaftsrechtliche Begrenzung⁷³

Unter diesem Gesichtspunkt ist die Regelungszuständigkeit nach zwei Seiten abzugrenzen. Die erste Abgrenzung ist jene zur Zuständigkeit des Wettbewerbssystems auf dem Gütermarkt⁷⁴, die zweite jene zur Zuständigkeit der Unternehmerfunktion des Arbeitgebers⁷⁵.

B. Rechtsstaatliche Grundsätze

Wie immer man sich zur Frage der Rechtsnatur des Gesamtarbeitsvertrags stellt⁷⁶, darf nun auch für die Schweiz gelten, dass Gesamtarbeitsverträge objektives Recht setzen und sich deshalb (unmittelbar oder analog) an die Grundrechte und die rechtsstaatlichen Grundsätze zu halten haben⁷⁷. Zu denken ist hier vor allem an den Grundsatz der Rechtsgleichheit (Art. 4

70 Art. 357 Abs. 2 OR.

71 Vgl. vorn § 4 IV. B. 1.

72 Vgl. dazu REHBINDER 175.

73 So BIEDENKOPF, Gutachten 163.

74 Vgl. dazu ausführlich hinten § 9.

75 Vgl. dazu ausführlich hinten § 10.

76 Dazu neuestens BÄNZIGER, Effektivklausel 63ff.

77 So REHBINDER 172; BÄNZIGER, Effektivklausel 110ff., insb. 111 mit weiteren Zitaten; für Deutschland stellvertretend WIEDEMANN/STUMPF Einl. N 57ff. ebenfalls mit weiteren Nachweisen.

BV), an die Rückwirkung und an den Schutz der individuellen Rechtspositionen der Tarifgebundenen (Art. 22^{ter} BV). Für die Mitbestimmungsfrage spielen zudem die wirtschaftlichen Freiheiten der Arbeitgeber (Art. 22^{ter} und Art. 31 BV sowie die Koalitionsfreiheit) eine Rolle⁷⁸.

C. *Die staatlichen Gesetze*

Wichtigste Grenze der Tarifautonomie bilden die staatlichen Gesetze. Als minderrangiges Recht müssen Gesamtarbeitsverträge die Rangordnung der Gesetze beachten. Zwingendes Recht des Bundes und der Kantone gehen den Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrags vor (Art. 358 OR). Gemeint ist damit das gesamte Zivilrecht und öffentliche Recht des Bundes, der Kantone und der Gemeinden⁷⁹. Aktuell ist dieser Vorbehalt insbesondere für das gesamte Arbeitsrecht (Individualarbeitsrecht, öffentliches und kollektives Arbeitsrecht), für die Sozialgesetzgebung, für die Kartellgesetzgebung⁸⁰ und für das Unternehmensverfassungsrecht⁸¹.

Der Vorbehalt gilt selbstverständlich nur für zwingendes Recht. Im Zweifel⁸² darf in Gesamtarbeitsverträgen sogar von diesem abgewichen werden, soweit es zugunsten der Arbeitnehmer geschieht (Art. 358 Satz 2 OR)⁸³. Schliesslich besteht für die arbeitsrechtlichen Bestimmungen des Obligationenrechts eine abschliessende Aufzählung der absolut zwingenden (Art. 361 OR) und der relativ zwingenden Bestimmungen (Art. 362 OR)⁸⁴.

D. *Gemeinwohlbindung der Koalitionen?*

Bereits seit längerer Zeit wird in Deutschland die Frage diskutiert, ob und wenn ja wie die Koalitionen bei ihrer Normsetzung an das Gemeinwohl gebunden sind. Ausgelöst wurde die Diskussion durch zwei Ent-

78 Vgl. dazu ausführlich hinten § 10 III.

79 SCHWEINGRUBER/BIGLER 78.

80 Vgl. dazu ausführlich hinten § 9.

81 Vgl. dazu ausführlich hinten § 10 IV.

82 Welcher durch Auslegung zu beseitigen ist, so SCHWEINGRUBER/BIGLER 78. Es ist fraglich, wie weit man hier noch von zwingendem Recht sprechen kann.

83 Die Begründung für tarifdispositive Normen erfolgt durch Hinweis auf das Günstigkeitsprinzip, vgl. REHBINDER 171; SCHWEINGRUBER/BIGLER 78. Kritisch zu den tarifdispositiven Bestimmungen BUDISKOPI, Tarifautonomie 125, der ausführt, dass dort kein Platz mehr für kollektive Regelungen sein sollte, wo die Vormachtstellung des Arbeitgebers bereits durch das Gesetz ausgeglichen wurde. Wenn dann zusätzlich noch kollektive Macht zum Zuge komme, werde der Spiess umgekehrt und aus der Vormachtstellung der Arbeitgeber eine solche der Arbeitnehmer. Abgesehen von absoluten Existenzminima sollte deshalb für einen einzelnen Sachverhalt nur entweder kollektive Regelung oder dann unabänderliche gesetzliche Normierung Platz greifen.

84 Von den relativ zwingenden Bestimmungen darf auch im Einzelarbeitsvertrag zugunsten der Arbeitnehmer abgewichen werden.

scheide des Bundesarbeitsgerichts zum Arbeitskampfrecht⁸⁵, von wo aus sie auf den gesamten Bereich der Kollektivtätigkeit übergriff. Heute findet man in der deutschen Literatur ein vielfältiges Meinungsspektrum⁸⁶. Befürworter weisen vor allem auf die Auswirkungen der Tarifverträge auf Drittinteressen – Aussenseiter auf beiden Marktseiten, Konsumenten, Allgemeinheit – sowie auf den Einfluss der Tarifverträge auf die volkswirtschaftlichen Daten hin. Zudem wird die Gemeinwohlbindung mit der staatsähnlichen Funktion der Koalitionen und ihren Rechtsetzungsbefugnissen begründet. Als Rechtsfolge wird ein konstitutiv wirkender Registrierungszwang vorgeschlagen⁸⁷. Die Gegner wenden zur Hauptsache ein, der Begriff des Gemeinwohls sei als Generalklausel nicht justiziabel und schwer in konkrete Rechtspflichten umzusetzen, ohne dass damit die Tarifautonomie unzulässig eingeschränkt oder gar aufgehoben werde⁸⁸.

Dass die Koalitionen die Kollektivgewalt nicht nur beim Arbeitskampf⁸⁹, sondern auch bei Tarifabschlüssen wider das Gemeinwohl – verstanden als «die allgemeinen Interessen einer staatlich organisierten Gesellschaft»⁹⁰ – einsetzen können, wird allgemein anerkannt⁹¹. Dabei bleibt aber immer zu bedenken, dass das arbeitsmarktliche Gesamtvereinbarungssystem deshalb institutionalisiert wurde, weil man sich von ihm – gerade bezüglich der Lohnfrage – die dem Gemeinwohl am besten entsprechenden Resultate erhoffte⁹². Die Richtigkeit ist die Regel, der Missbrauch die Ausnahme. Dabei beruht das System bewusst auf der Durchsetzung partikulärer Gruppeninteressen⁹³, die jedoch keineswegs dem Gemeinwohl widersprechen müssen⁹⁴. Im Gegenteil sorgt das politische Umfeld – neben der teilweisen Identität von Gruppeninteresse und Gemeinwohl – dafür, dass die Koalitionen immer mit dem Gemeinwohlgedanken konfrontiert und in ihrer Entscheidungsfreiheit faktisch stark beschränkt sind⁹⁵. Grundsätzlich ist es jedoch

85 BAG AP Nr. 1 und 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

86 Vgl. die ausführlichen Angaben bei WIEDEMANN/STUMPF Einl. N 194; neuestens auch KNEBEL 78ff.

87 Vgl. zu diesen Argumenten z.B. BIEDENKOPF, Tarifautonomie 63ff.; KRÜGER 25f.; KNEBEL 167; WIEDEMANN/STUMPF Einl. N 195ff.

88 So z.B. BADURA, AöR 104 (1979) 246ff.; SÖLLNER 128.

89 Vgl. dazu JAEGER 65ff.; HOHN 248ff.

90 SCHÜRMANN, Gemeinwohl 538.

91 Das ist keine Besonderheit des Gesamtvereinbarungssystems: In jedem privaten Handeln liegt latent die Gefahr der Gemeinwohlschädlichkeit.

92 JAEGER 69: «Die Aktualisierung der Tarifautonomie stellt m.a.W. selbst Gemeinwohlwahrung dar».

93 BADURA, AöR 104 (1979) 253.

94 So auch JAEGER 69.

95 Interessant zu diesem Aspekt die Äußerungen eines Politikers: Vgl. HANS KATZER, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Probleme der modernen Demokratie, in: Helmut Duvernell (Hrsg.), Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Probleme der modernen Demokratie, Berlin 1968, 11ff.

nicht Sache der Koalitionen, für eine Verwirklichung des Gemeinwohls besorgt zu sein: Die Handhabung der Tarifaautonomie erfolgt im Eigeninteresse⁹⁶. Davon geht auch der Gesetzgeber aus, wenn er für die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen nur verlangt, dass diese nicht dem Gemeinwohl zuwiderlaufen dürfe⁹⁷.

Zu diesem Punkt wird es in absehbarer Zeit zu einem weiteren gesetzgeberischen Entscheid kommen, der indirekt auch auf die Tarifaautonomie ausstrahlen dürfte. Nachdem die Expertenkommission für die Revision des Kartellgesetzes noch der Meinung war, gütermarktliche Wettbewerbsbehinderungen seien nur noch dann zuzulassen, wenn sie im Gesamtinteresse lägen⁹⁸, unterbreitet der Bundesrat dem Parlament eine Fassung, die von den Kartellen lediglich verlangt, dass sie das Gemeinwohl nicht verletzen dürfen⁹⁹. Das entspricht der geltenden Rechtslage. An die Koalitionen des Arbeitsmarkts strengere Anforderungen zu stellen, wäre verfehlt.

Auch im Gesamtvereinbarungssystem bleibt die Wahrung des Gemeinwohls Aufgabe des Gesetzgebers¹⁰⁰. Die Koalitionen müssen sich Eingriffe gefallen lassen, jedoch sind dem Staat dabei Grenzen gesetzt. Er hat insbesondere die Tarifaautonomie zu respektieren. Gemeinwohlwahrung kann deshalb nicht Eingriff in das Verhandlungsergebnis bedeuten. Gerade weil der Staat die Arbeitsbedingungen nicht besser als die Koalitionen zu regeln weiss¹⁰¹, überlässt er diese Aufgabe den Koalitionen und verzichtet auf Staatsaufsicht und Staatskontrolle sowie richterliche Eingriffe. Das Gesamtvereinbarungssystem verlöre – abgesehen von der Verfassungswidrigkeit solchen Vorgehens – jeden Sinn, wenn sich der Staat das letzte Wort vorbehalten würde. Das käme einer mit unserer Wirtschaftsordnung unvereinbaren Zwangskoordination gleich. Noch mehr als die Überprüfung der Arbeitskampfziele¹⁰² ist ihm die Überprüfung der Tarifiergebnisse zu versagen¹⁰³. Was bleibt – und das ist Aufgabe genug –, ist sein Wächteramt über die Funktionsfähigkeit des Gesamtvereinbarungssystems sowie die Setzung zwingender Bestimmungen dort, wo dieses seiner Aufgabe offensichtlich nicht gewachsen ist. Direkte Eingriffe in die Verhandlungsergebnisse sind allerhöchstens unter dem Gesichtspunkt «der Verhinderung groben Missbrauchs der zugewiesenen Ordnungsfunktion»¹⁰⁴ denkbar.

96 BÄNZIGER, Effektivklausel 103.

97 Art. 2 Ziff. 2 AVEG, dazu SCHWEINGRUBER/BIGLER 93.

98 Vgl. Art. 7 Entwurf. Dazu Materialien 106f.; SCHLUEP, ZBJV 115 (1979) 91f.

99 BBl. 1981 II 1342f., 1380.

100 BADURA, AöR 104 (1979) 253.

101 Dieser Punkt ist angesprochen, wenn auf die geringe Justizibialität des Gemeinwohls hingewiesen wird (z.B. HOHN 257, SÖLLNER 128).

102 Dazu SCHLUEP, Überbordungsgefahren 201f.

103 Ebenso GYGI 52; JAEGER 66f.; HOHN 13.

104 JAEGER 66. Ähnlich BADURA, AöR 104 (1979) 254.

Dass die Problematik in der Schweiz noch weitgehend zu ruhen scheint, ist nicht zuletzt das Verdienst der Arbeitsmarktparteien selbst. Sie sind mit ihrer verantwortungsbewussten Handhabung der Tarifautonomie¹⁰⁵ jedem Anlass zu gesetzlichen Eingriffen zuvorgekommen. Dabei ist HUG beizustimmen, dass eine freiheitliche Ordnung letztlich der beste Garant für ein hohes Verantwortungsbewusstsein der Arbeitsmarktparteien ist¹⁰⁶.

§ 6 **Grenzkrisen auf dem Arbeitsmarkt: Die Korrelation zwischen Gesamtvereinbarungen und Wettbewerb**

I. Bedeutung

Im Modell stehen sich auf dem Arbeitsmarkt zwei geschlossene Marktseiten gegenüber, welche die Lohn- und Arbeitsbedingungen durch gegenseitige Machtausübung gestalten. Die Figur des bilateralen Monopols ist dabei an wirtschaftliche Voraussetzungen gebunden: Das Gesamtvereinbarungssystem führt nur dann zum Marktausgleich, wenn sich die Machtausübung wirtschaftlich «schädigend» auswirken kann. Was in der Volkswirtschaftslehre zu ausgiebigen Diskussionen geführt hat¹, wird von der Rechtswissenschaft oft als selbstverständlich hingenommen. Zu Recht hat deshalb RÜTHERS auf die Bedeutung der sog. Grenzkrisen als Funktionsvoraussetzung der Tarifautonomie hingewiesen².

Ansatzpunkt für die Wirksamkeit der Machtausübung ist die existenzielle Bedeutung, welche das Unternehmen sowohl für den Arbeitgeber als auch für die Arbeitnehmer hat³. Für den Unternehmer bedeutet es Risikoentscheidung seines Kapitaleinsatzes in Form von Gewinn, für die Arbeitnehmer Daseinssicherung in Form eines Arbeitsplatzes und von Lohn. Das Existenzrisiko der Unternehmung, welches in der Liquidierbarkeit, in der Konkursfähigkeit seinen Ausdruck findet, setzt den Rahmen für die Festlegung der Arbeitsbedingungen.

Unter dieser Prämisse stehen die Tarifverhandlungen, in denen sich die Arbeitgeber gegen die Forderungen der Arbeitnehmer zu verteidigen haben⁴. Dabei sind die Forderungen der Arbeitnehmer von verschiedenen Faktoren abhängig: vom Verhältnis der eigenen Arbeitskämpfungsmöglichkeiten

105 So zuletzt Expertenkommission 66. Ein beredtes Zeugnis dafür ist auch die Streikstatistik, vgl. REHBINDER, Arbeitskampf 14.

106 HUG, Beiträge 304.

1 Vgl. den Überblick bei MONTANER 207f.

2 RÜTHERS, Kollektives Arbeitsrecht und Wettbewerbsordnung 398.

3 Ebd. 398.

4 Richtig die Bemerkung von TEICHMANN 110: «Die Gewerkschaften sind in der Tarifpolitik der aktive, der fordernde Verband. Die Arbeitgeber verteidigen».

(Streikfonds) zum Durchhaltevermögen der Unternehmung bei Produktionsunterbrüchen, vom wirtschaftlichen Leistungsvermögen des Arbeitgebers allgemein, vom Arbeitsplatzrisiko bei Lohnerhöhungen, vom Organisationsgrad, der Solidarität und der öffentlichen Meinung⁵. Die abwehrenden Arbeitgeber werden sich am Grenzerlös der Arbeit, am Verlustrisiko eines Arbeitskampfes im Verhältnis zur Kostensteigerung durch Lohnerhöhungen, an der allgemeinen Unternehmenssituation, an der Möglichkeit zur Lohnüberwälzung auf die Preise orientieren – um nur die wichtigsten Faktoren zu nennen⁶.

Für den Fall eines Arbeitskonflikts bei gescheiterten Vertragsverhandlungen sorgen die Grenzkrisen dafür, dass die Widerstandsbereitschaft der Arbeitgeber mit zunehmender Streikdauer abnimmt, die Konzessionsbereitschaft der Arbeitnehmer (wegen des momentanen Lohnausfalls und wegen des grösser werdenden Risikos des Arbeitsplatzverlustes) zunimmt⁷. So nähern sich die Standpunkte bis zur vertraglichen Einigung.

Selbstverständlich haben diese Ausführungen modellhaften und vereinfachenden Charakter. Die tatsächlichen Verhandlungen sind viel komplexer und von einer Vielzahl weiterer Faktoren beeinflusst. Sie zeigen aber, dass die Koordination auf dem Arbeitsmarkt bei einem auf ökonomischen Überlegungen beruhenden Agieren der beiden Marktseiten zwar «keinen ökonomisch» richtigen Gleichgewichtspreis⁸ und schon gar nicht einen «gerechten» Lohn, sicher aber vernünftige und systemgerechte Arbeits- und Lohnbedingungen garantiert.

II. *Erscheinungsformen fehlender Grenzkrisen*

Grenzkrisen sind kein Garant für «richtige» Verhandlungsergebnisse, jedoch eine unabdingbare Voraussetzung. RÜTHERS⁹ hat aufgezeigt, dass fehlende Grenzkrisen die Gefahr des Missbrauchs der Tarifautonomie zu Lasten Dritter, der «Ausbeutung Dritter mittels einer grossen Koalition der Sozialpartner»¹⁰ mit sich bringen. Die Grenzkrisen fallen dann weg, wenn Unternehmen aus der Wettbewerbsordnung herausgenommen werden oder dieser selbst zu entrinnen wissen.

5 MONTANER 207.

6 Ebd. 206f. mit einer Aufzählung weiterer Faktoren.

7 Vgl. dazu die Graphik bei LICHTMANN 119 mit den entsprechenden Ausführungen; des weiteren MONTANER 207f.

8 SCHLUEP, Überbordungsgefahren 204.

9 RÜTHERS, Kollektives Arbeitsrecht und Wettbewerbsordnung 398f.

10 Ebd. 399.

A. *Im öffentlichen Dienst*

Für die Schweiz gilt im Arbeitsvertragsrecht konsequenterweise der Vorbehalt der Vorschriften des Bundes, der Kantone und der Gemeinden über das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis (Art. 342 Abs. 1 lit. a OR). Die arbeitsrechtliche Stellung der Bediensteten regelt sich nach dem öffentlichen Recht, nicht nach dem Arbeitsvertragsrecht des Obligationenrechts¹¹. Lohn- und Arbeitsbedingungen der staatlichen Beamten und Angestellten werden durch Gesetz festgelegt. Im öffentlichen Dienst ist der Arbeitgeber nicht konkursfähig, da er staatliche, für die Allgemeinheit existenznotwendige Aufgaben zu erfüllen hat. Der Staatsapparat kann sich nur beschränkt an wirtschaftlichen Prinzipien orientieren. Er ist nicht liquidierbar. Deshalb ist eine Regelung der Arbeitsbedingungen durch Gesamtvereinbarungen im öffentlichen Dienst ausgeschlossen¹². Auf diesem Teilarbeitsmarkt erfolgt die Koordination durch Gesetz.

Wegen der existenziellen Notwendigkeit eines funktionstüchtigen Staatsapparats könnte der Staat seinen Beamten und Angestellten gegenüber im Streikfall keine adäquate Gegenmachtstellung beziehen. Dazu kommt, dass die Exekutive als formeller Arbeitgeber nicht ohne die Legislative über die Arbeitsbedingungen im öffentlichen Dienst entscheiden kann¹³. Folgerichtig gilt deshalb für die Schweiz das Streikverbot für Beamte¹⁴. Da das Gesamtvereinbarungssystem – im Gegensatz zur Bundesrepublik Deutschland – bei uns im öffentlichen Dienst keine Anwendung findet, besteht hier keine Missbrauchsgefahr. Hingegen sind diese Grundsätze im Hinblick auf die wieder vermehrt aufkommende Diskussion über eine Abschaffung des Beamtenstreikverbots¹⁵ im Auge zu behalten.

B. *Bei staatlicher Wirtschaftsförderung*

Grenzzrisiken können wegfallen oder erheblich gemildert werden, wenn der Staat ganze Wirtschaftszweige oder einzelne Unternehmen durch wirtschaftsfördernde Massnahmen unterstützt. Als wirtschaftsfördernde

11 REHBINDER 128; FLEINER-GERSTER 429. Die seltenen Ausnahmen fallen nicht ins Gewicht, vgl. ebd. 433.

12 FLEINER-GERSTER 430.

13 Ebd. 438.

14 Art. 12 und 23 BG vom 30. Juni 1927 über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten (SR 172.221.10).

15 Vgl. zur Diskussion Expertenkommission 67; HOHN 279ff.; DANIEL WORMSER, Der sog. Streikartikel im Bundesgesetz über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten von 1927, Diss. Bern 1975, 191ff.

Massnahmen sind diesbezüglich insbesondere Subventionen und die Beteiligung an gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen von Bedeutung. Hinzu kommen diejenigen Unternehmen, bei denen «im Krisenfall eine Liquidierbarkeit des Unternehmens aus angenommenen oder wirklichen Gemeinwohlgründen ausscheidet»¹⁶. Es ist RÜTHERS¹⁷ beizustimmen, dass hier grundsätzlich eine Missbrauchsgefahr besteht: Staatliche Verlustgarantien können die Gesamtarbeitsvertragsparteien zu unangemessen hohen, dem Gemeinwohl abträglichen Vertragsabschlüssen verleiten.

Ist die Problematik für die Schweiz aktuell? Die Frage kann für den Moment verneint werden. Einzuheben ist bei den allgemeinen Schranken wirtschaftsfördernder Massnahmen. Sie müssen die allgemeinen Interessen der schweizerischen Gesamtwirtschaft wahren und dürfen nicht gegen die Handels- und Gewerbefreiheit verstossen¹⁸. Dadurch wird der Staat bei der Vornahme von Unterstützungsmassnahmen bereits wesentlich eingeschränkt. Überblickt man die bestehenden Förderungsmassnahmen¹⁹, darf man ruhigen Gewissens behaupten, dass die staatlichen Eingriffe minim sind und der schweizerischen Wirtschaft es überlassen, immer alle eigenen Möglichkeiten auszuschöpfen, bevor der Staat zu Hilfe gerufen wird.

a) Die Landwirtschaft ist der am stärksten subventionierte Wirtschaftszweig. Die Koordination der landwirtschaftlichen Märkte erfolgt überwiegend durch Gesetz. Das Paritätslohnprinzip²⁰, welches den Bauernfamilien durch kostendeckende Preissicherung zu einem angemessenen Verdienst verhelfen will, lässt den Bauern für die Löhne ihrer Beschäftigten keinen grossen Spielraum. Hinzu kommt, dass sich der Gesamtarbeitsvertrag in der Landwirtschaft nicht durchsetzen konnte²¹. Das führt dazu, dass das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis das Hauptanwendungsgebiet der vom Staat erlassenen Normalarbeitsverträge ist²².

b) Weitere subventionierte Wirtschaftszweige sind das Hotel- und das Stickereigewerbe²³. Abgesehen davon, dass die Subventionen immer auch mit Auflagen verbunden sind, besteht in beiden Industrien keine Missbrauchsgefahr: Der Landesgesamtarbeitsvertrag des Gastgewerbes ist traditionsgemäss für allgemeinverbindlich erklärt²⁴ und damit auf die Vereinbar-

16 RÜTHERS, Kollektives Arbeitsrecht und Wettbewerbsordnung 399.

17 Ebd. 399.

18 SCHÜRMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht 91ff.

19 Vgl. dazu die Übersicht ebd. 93ff.

20 Art. 46ff. der Allgemeinen Landwirtschaftsverordnung vom 21. Dezember 1953 (SR 916.01).

21 NOTTER 37, welcher von einem Organisationsgrad von ca. 10% spricht.

22 Ebd. 36. Art. 359 Abs. 2 OR schreibt den Kantonen den Erlass von NAV für das Arbeitsverhältnis der landwirtschaftlichen Arbeitnehmer zwingend vor.

23 Vgl. dazu SCHÜRMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht 94f.

24 BBl. 1976 III 1276. Auch beim per 1. Juli 1981 abgeschlossenen Landes-GAV werden die Parteien um die AVE nachsuchen (Art. 101).

keit mit dem Gemeinwohl überprüft worden²⁵, und die Stickereiindustrie ist derart exportabhängig, dass sie ohne Verlust der Konkurrenzfähigkeit keine überhöhten Löhne zahlen kann²⁶.

c) Exportabhängig und internationalem Konkurrenzdruck ausgesetzt sind auch die beiden grossen gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen, an denen der Bund massgeblich beteiligt ist²⁷. Die Beteiligungen sind zudem an recht strenge Bedingungen gebunden²⁸.

Bei den zahlreichen Beteiligungen der Kantone im Banken- und im Elektrizitätswirtschaftssektor²⁹ ist das Problem überwiegend ein scheinbares. Die entsprechenden Unternehmen sind meist als öffentlich-rechtliche Anstalten³⁰ mit entsprechender Aufsicht konzipiert³¹ und die Entlohnung ihrer Beschäftigten erfolgt nicht durch Gesamtarbeitsverträge, sondern durch autoritativ festgelegte Besoldungsordnungen³².

d) Bleiben noch die sog. «Elefanten»³³: Dass es auch in der Schweiz Unternehmen gibt, deren Liquidation aus volkswirtschaftlichen Gründen faktisch unmöglich erscheint, ist nicht zu bezweifeln³⁴. Selbst wenn sie in der Schweiz Monopolstellungen haben, sind sie jedoch grösstenteils exportorientiert und können sich aus Konkurrenzgründen auf internationaler Ebene keine unangemessenen Tarifabschlüsse leisten. Im übrigen sind sie glücklicherweise wirtschaftlich gesund³⁵. Kommt ein solcher Konzern dennoch in Schwierigkeiten, greift die Wirtschaft vor staatlichen Interventionen³⁶ zu eigenen Sanierungsmassnahmen, wobei die Arbeitnehmer

25 Art. 2 Ziff. 2 AVEG.

26 Vgl. WILHELM BICKEL, Die Volkswirtschaft der Schweiz, Aarau 1973, 236.

27 ASUAG (Allgemeine Schweizerische Uhrenindustrie AG) und Swissair, Schweizerische Luftverkehr AG. Vgl. SCHÜRMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht 111f., 188, 191.

28 Vgl. Art. 6 und 8 des BB vom 26. September 1931 über die Unterstützung der Uhrenindustrie (SR 934.13) und Art. 27ff. des BG vom 21. Dezember 1948 über die Luftfahrt (SR 748.0).

29 SCHÜRMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht 190.

30 Für die Kantonalbanken: FRITZ FUCHS, Die Rechtsnatur der Kantonalbanken, Zürich 1980.

31 Vgl. z.B. § 11 des Gesetzes über die Zürcher Kantonalbank vom 28. Mai 1978 (ZGS 46 849ff.) und § 4 des Gesetzes betreffend die Elektrizitätswerke des Kantons Zürich vom 15. März 1908 (ZGS 2 649ff.).

32 Vgl. z.B. § 48 Ziff. 13 des Geschäftsreglementes der Zürcher Kantonalbank vom 3. November 1977 (ZGS 46 857ff.) und § 9 n) des Organisationsstatuts der Elektrizitätswerke des Kantons Zürich vom 30. September 1940 (ZGS 2 651ff.).

33 RÜTHERS, Kollektives Arbeitsrecht und Wettbewerbsordnung 399.

34 Nimmt man die Anzahl der Beschäftigten als Massstab, ergibt sich folgendes Bild: Weltweit beschäftigt ein Schweizer Unternehmen über 100 000 Arbeitnehmer, zwei über 50 000, 7 über 30 000, drei über 20 000 und 9 über 10 000. Auf inländischen Arbeitsplätzen beschäftigt ein Unternehmen über 40 000 Arbeitnehmer, eines über 30 000, 4 über 20 000 und sechs über 10 000 (Quelle: Die grössten Unternehmen der Schweiz, Ausgabe 1981, hrsg. von der Schweizerischen Bankgesellschaft).

35 Vgl. die neuesten Zahlen der in FN 34 erwähnten Publikation.

36 Die letzte spektakuläre Aktion des Bundes war seine Beteiligung an der ASUAG, der «Superholding» der Uhrenindustrie, in den dreissiger Jahren, vgl. dazu SCHÜRMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht 111f.

nicht die Letzten sind, die bluten müssen³⁷. Es entspricht nicht schweizerischer Wirtschaftstradition, sich für Krisenzeiten auf staatliche Hilfe zu verlassen.

C. Bei gütermarktlichen Wettbewerbsbeschränkungen

Löhne sind für die Arbeitgeber ein wichtiges Kostenelement, für die Arbeitnehmer die Grundlage ihrer Kaufkraft. Der naheliegendste und gangbarste Weg für den Unternehmer, durch Lohnerhöhungen verursachte Kostensteigerungen auszugleichen, ist jener der Überwälzung auf die Preise³⁸. Erst wenn ihm dies nicht gelingt, wird er zu anderen Massnahmen greifen³⁹. Dieses Vorgehen ist grundsätzlich legitim; ob es gelingt, hängt von der Wettbewerbsstellung und der Marktmacht des Unternehmers, von der Wettbewerbsgesetzgebung, vom Verhalten der Kartellkommission und von der öffentlichen Meinung ab⁴⁰.

Hier zeigt sich der enge Zusammenhang zwischen gütermarktlichem Wettbewerb und arbeitsmarktlichen Gesamtvereinbarungen. Sie bedingen einander. Grenzkrisen als Funktionsvoraussetzungen des Gesamtvereinbarungssystems verlangen, dass die Arbeitgeber auf dem Gütermarkt unter einem angemessenen Wettbewerbsdruck stehen. Die allgemein anerkannte Faustregel für Lohnerhöhungen (Ausgleich der Teuerung plus angemessener Anteil an der Produktivitätssteigerung) kann ihre Leitfunktion dann verlieren, wenn entweder die Kartellierung der Arbeitgeberseite oder die Monopolstellung eines Arbeitgebers ohne Schwierigkeiten die Überwälzung höherer Löhne auf die Preise zulassen⁴¹. Es ist nicht verwunderlich, dass die Preisbildungskommission zum Schluss kam, der Lohndruck des Gesamtvereinbarungssystems auf dem Arbeitsmarkt sei einer der Gründe für die starke Kartellierung der schweizerischen Wirtschaft⁴². Kartelle dienen unter anderem der Ausschaltung der Grenzkrisen der kollektiven Lohnbildung auf dem Arbeitsmarkt.

Das führt offensichtlich zur Gefahr des Missbrauchs der Tarifautonomie zu Lasten der Allgemeinheit. Wenn sich Lohnerhöhungen nicht ange-

37 Z.B. die Sanierung des anderen Uhrenkonzerns, der SSIH (Société suisse pour l'industrie horlogère) durch die Grossbanken mit einer Finanzspritze von 300 Mio SFr., wobei der Schweizerische Gewerkschaftsbund geltend macht, die Arbeitnehmer hätten in den letzten fünf Jahren durch unterdurchschnittliche Löhne ebenfalls 300 Mio SFr. beigesteuert (Quelle: Bilanz August 8/1981).

38 Vgl. dazu KNEBEL 16ff.

39 Z.B. Leistungskompensation durch Rationalisierung, Faktorsubstitution usw. Vgl. ebd. 16f.; BRIEFS 55.

40 WIEDEMANN/StUMPF Einl. N 12.

41 Dazu treffend BRIEFS 55: «Es ist selbstverständlich, dass ein Unternehmer, dem das Ausweichen auf Kartellpreispolitik möglich ist – was vom Grad der Elastizität der Nachfrage abhängt – ganz anders zu gewerkschaftlichen Forderungen sich verhält als einer, der sich schwer tut, seine Kosten zu decken».

42 Pbk 115.

messen auf der Kostenseite niederschlagen und mit Leichtigkeit auf die Preise überwältigt werden können, werden die Konsumenten bei allfälligen unangemessenen Tarifabschlüssen durch überhöhte Preise getroffen; das Gemeinwohl wird zudem durch den Einfluss der Gesamtarbeitsverträge auf die volkswirtschaftlichen Daten gefährdet⁴³. Marktmacht gefährdet die Steuerungsfunktion der Gesamtvereinbarungen.

Obwohl der Arbeitnehmerseite bewusst geworden ist, dass der einzelne Arbeitnehmer auch Konsument ist und gerade die tieferen Lohnklassen durch Preissteigerungen am meisten getroffen werden⁴⁴, dürfte die Ansicht vom (vermeintlichen) Vorteil der Kartellierung der Gütermärkte auch für die Arbeitnehmerseite noch nicht völlig ausgemerzt sein⁴⁵. Die ambivalente Haltung zur Kartellfrage findet ihre Begründung in der Doppelposition als Arbeitnehmer und Konsument.

Immerhin haben wir es hier nur mit einem Aspekt unter vielen der Kartellproblematik zu tun. Nicht jede Wettbewerbsbeschränkung widerspricht dem öffentlichen Interesse. Kartelle sind nicht a priori schädlich. Dem trägt das Kartellgesetz Rechnung, indem es im Sinne einer Missbrauchsgesetzgebung in Art. 5 KG Wettbewerbsbeschränkungen unter gewissen Voraussetzungen für rechtmässig erklärt⁴⁶.

III. Massnahmen zur Verhinderung unangemessener Tarifabschlüsse

Es ist nicht zu übersehen, dass die Allgemeinheit angesichts der eminenten gesamtwirtschaftlichen Bedeutung der Gesamtarbeitsverträge die sich in diesen niederschlagenden Verhandlungsergebnisse je länger je mehr mit Argwohn betrachtet. Trotz eingebauter Sicherungen kann das Gesamtvereinbarungssystem für die Allgemeinheit schädliche Ergebnisse zeitigen.

Dieser Gefahr zuvorzukommen ist Sache des Gesetzgebers⁴⁷. Zu

43 Insb. die Gefährdung staatlicher Stabilitätspolitik durch die Lohnerhöhungen innewohnende Inflationstendenz, vgl. für viele TEICHMANN 19f.

44 JUCKER 66: «Es gibt kaum eine gesellschaftliche Gruppe, die ein grösseres Interesse am Wettbewerb hat als die Arbeitnehmer».

45 Dazu Pbk 104: «Auch die Gewerkschaftsvertreter neigen wohl fast immer der Ansicht zu, dass ein allfälliger Preisdruck auf den Absatzmärkten nicht bloss die Unternehmereinkommen, sondern auch die Löhne und die Sozialleistungen in Mitleidenschaft ziehen müsste. Darum sind auch sie bereit, die der Ertragssicherung dienenden konkurrenzbeschränkenden Bindungen einzugehen». JUCKER 61 meint, man habe sich in der gewerkschaftlichen Diskussion nicht ohne Zögern und Schwanken für mehr Wettbewerb entschieden.

46 Vgl. dazu vorn § 5 IV. D, bei FN 98 und hinten § 9 III. A.

47 Das übliche zivilrechtliche Instrumentarium ist zur Bekämpfung missbräuchlicher Tarifabschlüsse ungeeignet. Es schützt in erster Linie die Interessen der Vertragsparteien, das Gesamtinteresse nur indirekt und verlangt notwendig nach einem Kläger. Für Deutschland postulieren WIEDEMANN/STUMPF Einl. N 190 eine Anwendung des Rechtsmissbrauchsprinzips auf Tarifverträge. Mit den in der Schweiz zum Rechtsmissbrauchsprinzip (Art. 2 Abs. 2 ZGB) entwickelten Anwendungskriterien hat der vorliegende Sachverhalt jedoch wenig gemeinsam, vgl. dazu ARTHUR MEIER-HAYOZ, Einleitungartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1–10), 3. A. Zürich

Eingriffen in die Verhandlungsergebnisse selbst sind ihm dabei weitgehend die Hände gebunden⁴⁸. Eine «staatliche Missbrauchsaufsicht über Fehlentwicklungen der Tarifpraxis»⁴⁹ bleibt nur bei Erreichen äusserster Missbrauchsgrenzen denkbar⁵⁰. Mit einem freiheitlichen Gesamtvereinbarungssystem ebensowenig vereinbar ist der in Deutschland mehrfach postulierte Registrierungszwang für Tarifverträge mit Konstitutivwirkung^{51, 52}. Wie eine Preisüberwachung kommt auch eine Lohnüberwachung nur einem (systemwidrigen) Kurieren von Symptomen gleich. Dabei begibt sich die Arbeitnehmerseite politisch aufs Glatteis, wenn sie gütermarktliche Preisüberwachung verlangt⁵³: Ein solches Postulat kann zum Bumerang werden, denn Preisüberwachung muss als Instrument konsequenterweise mit Lohnüberwachung gekoppelt werden.

Hingegen muss der Gesetzgeber wie beim Wettbewerb die entsprechenden Bedingungen schaffen, welche ein funktionstüchtiges Gesamtvereinbarungssystem garantieren: Entscheidend ist, dass «der gesamtrechtliche Ordnungsrahmen so gestaltet sein muss, dass die Wahrnehmung von Individual- und Kollektivinteressen unter Beachtung der massgeblichen Spielregeln dem Gemeinwohl entspricht»⁵⁴. Die Ursache gemeinwohlwidriger Tarifabschlüsse ist mehrheitlich in fehlenden Funktionsvoraussetzungen zu finden⁵⁵, und diesen ist vom Gesetzgeber beizukommen. Daneben bleibt nur noch Platz für eine Konkretisierung des Gemeinwohls durch Lohnleitlinien und Sozialpartnergespräche⁵⁶ – an sich unbedenkliche, jedoch nicht sehr wirksame Instrumente⁵⁷.

1979, 137ff. Gleiches gilt für den Verstoß gegen die guten Sitten (Art. 20 Abs. 1 OR), vgl. dazu ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Obligationenrechts, Bd. I/2, 3. A. Zürich 1979, 256ff.

48 Vgl. vorn § 5 IV. D.

49 So RÜTHERS, Kollektives Arbeitsrecht und Wettbewerbsordnung 399.

50 RICHARDI, Die AG 1979 37 sowie in § 5 IV. D. FN 104 zitierte Autoren.

51 Zuletzt KNEBEL 167; weitere Nachweise bei WIEDEMANN/STUMPF Einl. N 202.

52 Immerhin ist zu bedenken, dass sich auch das auf den gleichen Prinzipien beruhende gütermarktliche Wettbewerbssystem zur Wahrung der öffentlichen Interessen durch den verwaltungsrechtlichen Teil des KG beträchtliche staatliche Eingriffe gefallen lassen muss (so SCHÜRMANN, Kommentar 143).

53 So im SGB-Arbeitsprogramm für die achtziger Jahre, GR 1981 57.

54 RICHARDI, Die AG 1979 37.

55 Vgl. vorn II. Weitere speziell deutsche Gefahrenherde fehlender Funktionsvoraussetzungen bei RÜTHERS, Kollektives Arbeitsrecht und Wettbewerbsordnung 395ff. Ein weiterer Aspekt ist jener der Gefährdung der Gegnerfreiheit durch Mitbestimmung, vgl. hinten § 10.

56 Vgl. dazu HOHN 257ff.

57 GYGIS 51.

§ 7 **Bereitschaft zum Arbeitskampf und zu sozialer Druckausübung als Funktionsvoraussetzungen der Tarifautonomie**

I. Problematik

Aus statistischen Unterlagen geht hervor, dass die Arbeitslöhne in der Schweiz in den letzten dreissig Jahren stark gestiegen sind. Mit der Entwicklung der Geschäftseinkommen Selbständigerwerbender konnten sie jedoch nicht Schritt halten¹. Teile der Arbeitnehmerschaft glauben, der Grund für diese Entwicklung sei im friedfertigen Vorgehen der Gewerkschaften zu finden, welches es den Arbeitgebern erlaubt habe, aus dem Arbeitsfrieden Nutzen in Form hoher Gewinne zu ziehen. Dem entgegen die Arbeitgeber mit dem Hinweis, das ausserordentlich starke Wachstum des gesamten volkswirtschaftlichen Einkommens sei nicht zuletzt eine Folge des Arbeitsfriedens und in hohem Masse auch den Arbeitnehmern zugute gekommen².

Ob militantere Gewerkschaftspolitik für die Arbeitnehmer einen grösseren Realanteil am Sozialprodukt bringen kann, ist fraglich: Untersuchungen haben ergeben, dass aggressive Arbeitsmarktpolitik das Wirtschaftswachstum nicht unbedingt negativ beeinflussen muss, andererseits aber auch keine automatische Besserstellung der Arbeitnehmer mit sich bringt³.

Dennoch wird in letzter Zeit auf Arbeitnehmerseite immer wieder der Ruf laut, es sei nötig, von der Strategie des Arbeitsfriedens wegzukommen. Die Überlegungen münden in die Forderung, in den Gesamtarbeitsverträgen auf die absolute Friedenspflicht zugunsten der relativen zu verzichten⁴. Demgegenüber pocht die Arbeitgeberseite auf die Beibehaltung der absoluten Friedenspflicht. Man erklärt, ohne absolute Friedenspflicht habe der Abschluss von Gesamtarbeitsverträgen für die Arbeitgeberseite gar keinen Sinn⁵.

Was hier als volkswirtschaftliches und verbandsmachtpolitisches Problem angesprochen wird, hat auch eine juristische Seite. Es geht um Funktionsvoraussetzungen der Tarifautonomie: Inwieweit setzt das Gesamtvereinbarungssystem als Institut der Koordination des Arbeitsmarktes den Willen und die Fähigkeit zum Arbeitskampf und zur Ausübung sozialen Drucks auf die Gegenseite voraus? Und wieweit dürfen die Arbeitsmarktparteien freiwillig auf die ihnen zustehende Freiheit zur Machtausübung verzichten?

1 KLEINWEFERS/PFISTER 433. Vgl. die Statistik für die Jahre 1950–1974 ebd. 434.

2 Vgl. ebd. 123, 436.

3 Ebd. 436ff.; GALLATI 275f.

4 Vgl. die Hinweise bei GALLATI 153f. und bei TSCHUDI 288f.

5 Vgl. die bei SCHWEINGRUBER, Friedenspflicht 95f. zitierten Meinungsäusserungen der Arbeitgeberseite.

II. *Bereitschaft zum Arbeitskampf und zu sozialer Druckausübung als Voraussetzungen der Tariffähigkeit*

A. *Deutschland*

Das deutsche Bundesarbeitsgericht erklärt in seiner neuesten Praxis, dass nur solche Vereinigungen Koalitionen und damit tariffähig sein können, die den Arbeitskampf als Mittel zur Herbeiführung von Tarifverträgen anerkennen⁶ und durch die Zahl ihrer Mitglieder oder kraft ihrer Stellung im Arbeitsleben genügend sozialpolitisches Gewicht zur Ausübung wirkungsvollen Drucks auf die Gegenseite haben⁷. Diese Entscheidungen fanden in Deutschland kontroverse Aufnahme⁸.

B. *Schweiz*

ZANETTI^{8a} bringt die in der Schweiz überwiegende Ansicht über die Tariffähigkeit auf einen kurzen Nenner. Das Gesetz habe die Tariffähigkeit äusserst freiheitlich geregelt; diese sei der allgemeinen Rechtsfähigkeit gleichzusetzen. Jeder als juristische Person konstituierte Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerverband sowie der einzelne Arbeitgeber seien tariffähig. Weitere Voraussetzungen müssten nicht erfüllt sein. REHBINDER⁹ erklärt, eine Koalition müsse die kollektive Wahrnehmung von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen zum Ziel haben¹⁰. Dazu sei die Bereitschaft zur Ausübung sozialen Drucks auf die Gegenseite nötig, jedoch nicht die Bereitschaft zum Arbeitskampf¹¹.

1. *Kollektive Wahrnehmung von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen*

Unbestritten ist, dass die Tariffähigkeit von den Koalitionen die Wahrnehmung (Wahrung und Förderung) von Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerinteressen verlangt. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut von Art. 356 Abs. 1 OR. Ihren Ausdruck findet diese Voraussetzung in den Statuten

6 Grundlegend BAG AP Nr. 13 zu § 2 TVG. Immerhin hat das BVerfG in AP Nr. 15 zu § 2 TVG zum gleichen Sachverhalt die Gegenmeinung vertreten.

7 Grundlegend BAG AP Nr. 25 zu § 2 TVG.

8 Vgl. die Angaben bei WIEDEMANN, STUMPF N 189 und 193 zu § 2 TVG und bei BUCHNER 60ff.

8a ZANETTI, Friedenspflicht 33f.

9 REHBINDER 151.

10 Neben den unbestrittenen Merkmalen der Freiwilligkeit des Zusammenschlusses und der Unabhängigkeit vom Gegner und von Dritten.

11 Was er als strittig bezeichnet und dabei wohl die deutsche und nicht die schweizerische Lehre anvisiert.

der (wohl zwingenderweise¹²) als juristische Personen konstituierten Koalitionen. Im Vereinsrecht und im Genossenschaftsrecht gehört die Zweckbestimmung zum gesetzlich vorgeschriebenen Statuteninhalt¹³. Hinzu kommt, dass für den Abschluss von Gesamtarbeitsverträgen eine statutarische Ermächtigung notwendig ist¹⁴, welche durch die Zweckbestimmung gedeckt sein muss. Der Wille zum Abschluss von Gesamtarbeitsverträgen impliziert den Willen zur kollektiven Wahrnehmung von Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerinteressen. In der Praxis dürfte jede Koalition diesen Anforderungen genügen¹⁵.

2. *Bereitschaft zum Arbeitskampf*¹⁶

Die funktionale Betrachtungsweise der Arbeitskampffreiheit setzt sich immer mehr durch. Arbeitskampffreiheit ist bei Ablehnung der Zwangsschlichtung die logische Ergänzung des Gesamtvereinbarungssystems zur Verhinderung von Koordinationslücken¹⁷. Die historische (und heute bei der jungen Linken zum Teil wieder aktuelle) Betrachtung des Arbeitskampfs als Klassenkampf hat im heutigen modernen kollektiven Arbeitsrecht keinen Platz mehr¹⁸. Es wäre angesichts des in der Schweiz seit Jahrzehnten herrschenden sozialen Friedens völlig weltfremd, von den Koalitionen eine ständige Bereitschaft zum Arbeitskampf zu verlangen. Gerade die Schweiz ist ein Paradebeispiel dafür, dass die Koalitionen neben dem Arbeitskampf weniger weit gehende Machtmittel haben, die auch zu befriedigenden Vertragsergebnissen führen können¹⁹. Und selbst die heftigsten Befürworter des Erfordernisses der ständigen Arbeitskampfbereitschaft gestehen ein, dass die Koalitionen frei sind, ob und wann sie einen Arbeitskampf führen wollen und dass sie sogar vorübergehend rechtsgültig auf den Gebrauch von Kampfmitteln verzichten können²⁰. So reduziert sich das Erfordernis auf ein bedeutungsloses Lippenbekenntnis. Ob sie vom Mittel des

- 12 Vgl. REHBINDER 150f.; SCHWEINGRUBER/BIGLER 37f.; ZANETTI, Friedenspflicht 34.
13 Art. 60 Abs. 2 ZGB, Art. 832 Ziff. 2 OR. Vgl. dazu spezifisch auf Koalitionen bezogen DEMIRCIOGLU 89ff.
14 REHBINDER 160.
15 Vgl. die typische Zweckumschreibung bei DEMIRCIOGLU 92.
16 Es liegt in der Natur der Sache, dass die Bereitschaft zum Arbeitskampf praktisch nur für die Arbeitnehmerverbände zur Diskussion steht.
17 GYGI 47f.; SCHLUEP, Überbordungsgefahren 181f.; neuestens auch VISCHER 6ff. Vgl. auch vorn § 3 III. A.
18 JAEGER 94ff.; VISCHER 5f.
19 Dazu WIEDEMANN/STUMPF N 191 zu § 2 TVG: «Es ist eine bislang nicht bewiesene Prämisse der abweichenden Ansicht, dass der wirtschaftsfriedliche Berufsverband rechtstatsächlich keine Gewähr für die Durchsetzung seiner Ziele in Händen hat. Jede Zeit hat ihre eigenen Waffen und jede Koalition ihre eigenen Ziele». Z.B. Verhandlungen, Lobbyismus, Beeinflussung der öffentlichen Meinung, ebd. N 191 zu § 2 TVG.
20 Z.B. DÄUBLER/HEGE 72.

Arbeitskampfs Gebrauch machen will oder nicht, wird die Koalition nicht von einem ausdrücklichen Bekenntnis zum Kampf abhängig machen, sondern vielmehr von den tatsächlichen Erfordernissen der Interessenwahrung. Noch weniger wäre damit garantiert, dass im Falle ordnungspolitischer Notwendigkeit wirklich zu Kampfmassnahmen gegriffen wird.

Für die Schweiz hat eine andere Fragestellung praktische Bedeutung. Arbeitskampffreiheit kann – überspitzt formuliert – nicht Zwang zum Arbeitskampf heissen; Arbeitskampffreiheit bedeutet im Gegenteil die Freiheit, vom Mittel des Arbeitskampfes tatsächlich keinen Gebrauch zu machen oder sogar rechtlich auf den Gebrauch zu verzichten – solange die allgemeinen Grenzen der Vertragsfreiheit und des Persönlichkeitsrechts nicht überschritten werden²¹. Es ist zu fragen, wann die Arbeitskampffreiheit durch eine rechtliche Bindung einer Koalition in unzulässiger Weise eingeschränkt wird. Im Vordergrund steht dabei die Beurteilung der Zulässigkeit *vertraglichen* Verzichts auf den Gebrauch des Arbeitskampfes²².

Hingegen stellt sich zuerst noch die Frage, ob ein *statutarischer* Verzicht auf den Arbeitskampf die Tariffähigkeit eines Verbandes berührt²³. Da die Arbeitskampffreiheit als solche unverzichtbar ist²⁴, darf man die ausdrückliche Negation des Arbeitskampfes nicht dramatisieren: Sie bedeutet nur, dass dem Arbeitskampf eine verbandsinterne Schranke gesetzt ist, die durch Satzungsänderung beseitigt werden muss²⁵. Solange dazu eine einfache Statutenänderung genügt, ist das unbedenklich²⁶. Eine solche Statutenänderung ist jederzeit möglich und kann vom sozialen Gegenspieler nicht verhindert werden. Ist es jedoch gerade der Zweck des Verbands, die Interessen der Mitglieder grundsätzlich ohne Arbeitskampf zu vertreten, liegt wohl ein für eine Koalition unzulässiger Verzicht auf die Arbeitskampffreiheit vor, denn ein solcher Zweck ist nur erschwert bei Zustimmung aller Mitglieder abänderbar²⁷. Aus ordnungspolitischen Gründen ist die Tariffähigkeit eines solchen Verbands in Frage zu stellen²⁸.

Die Schranken der vertraglichen Bindung der Ausübung der Arbeitskampffreiheit gelten dagegen auch für die sog. wirtschaftsfriedlichen Verbände. Das folgt wiederum aus dem Wesen der Unverzichtbarkeit der

21 Art. 19 Abs. 2 OR, Art. 27 Abs. 2 ZGB.

22 Vgl. dazu sogleich III.–V.

23 Sie spielt in der Praxis wohl keine Rolle. So will z.B. selbst der kleine SVEA, welcher sich vehement für die absolute Schiedsgerichtsbarkeit einsetzt, Kampfmassnahmen als letztes Mittel nicht ausschliessen, SVEA 4. Ähnlich der SGB, vgl. GR 1981 41.

24 So WIEDEMANN/StUMPF N 190 zu § 2 TVG.

25 Ebd. N 190 zu § 2 TVG.

26 Wenigstens solange die Statutenänderung nicht an ein übermässiges Stimmenquorum gebunden ist.

27 Art. 74 und 75 ZGB.

28 JACOB 30 bezeichnet unterschiedslos jede statutarisch auf den Arbeitskampf verzichtende Arbeitnehmervereinigung als Koalition.

Arbeitskampffreiheit. Auf die Möglichkeit zur Abänderung der Statuten kann gegenüber der anderen Marktseite vertraglich nicht rechtsgültig verzichtet werden. Eine Satzungsänderung und damit der Griff zum Mittel des Arbeitskampfs muss jederzeit ohne Einwirkung der Gegenseite offenstehen.

3. *Ausübung sozialen Drucks*

Die Koalitionen müssen gewillt sein, zur Erreichung ihrer Ziele auf die Gegenseite sozialen Druck auszuüben. Das ist kein zusätzliches Erfordernis, sondern eine Konsequenz der Zielsetzung. Die Wahrnehmung kollektiver Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen kann effizient nur durch soziale Druckausübung erfolgen. Das erfordert und dafür sorgt das Gesamtvereinbarungssystem, für dessen Funktionsfähigkeit Macht und Gegenmacht – wenn nötig bis hin zum wirtschaftlichen Kampf – konstitutiv sind.

Das deutsche Bundesarbeitsgericht geht weiter²⁹. Es fordert von den Koalitionen nicht nur den Willen, sondern auch die Fähigkeit zur Druckausübung. Die Begründung ist ordnungspolitischer Natur. Erstens verlange das Gesamtvereinbarungssystem zum gerechten Ausgleich eine Gleichgewichtslage. Zweitens seien die Koalitionen zur sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens berufen; eine Aufgabe, die sie nur bei entsprechendem sozialem Gewicht erfüllen könnten.

Die Forderungen des Bundesarbeitsgerichts sind von einer Idealvorstellung des Gesamtvereinbarungssystems getragen. Das Modell des bilateralen Monopols geht aber an der Wirklichkeit vorbei³⁰. Wie beim Wettbewerb geht es nicht darum, ein vollkommenes Gesamtvereinbarungssystem zu haben. Ziel kann nur ein funktionstüchtiges System sein. RICHARDI spricht zu Recht davon, dass die Gleichgewichtslage «ein Axiom des Tarifvertragsrechts» sei³¹. Vom ordnungspolitischen Standpunkt aus ist die Forderung des Bundesarbeitsgerichts konsequent. Sie übersieht aber, dass das Gesamtvereinbarungssystem als ordnungspolitisches Instrument zur Koordination des Arbeitsmarkts auch persönlichkeitsrechtlichen Zielen dient³². Es soll den Arbeitgebern und Arbeitnehmern ermöglichen, die eigenen Interessen kollektiv mit anderen Gleichgesinnten zusammen zu wahren. Der Koalitionspluralismus ist zwar ordnungspolitisch fragwürdig, jedoch vom

29 BAG AP Nr. 25 und Nr. 30 zu § 2 TVG.

30 Vgl. § 3 III. C.

31 RICHARDI 183.

32 Man kann der ordnungspolitischen Funktion natürlich absolute Priorität einräumen. Das geschieht in Österreich. § 4 Abs. 2 Ziff. 3 des dortigen Arbeitsverfassungsgesetzes eröffnet die Tariffähigkeit von Gesetzes wegen nur Verbänden mit entsprechendem sozialen Gewicht und § 12 Abs. 1 Arbeitsverfassungsgesetz erstreckt die Rechtswirkungen der normativen Bestimmungen der Tarifverträge ordnungspolitisch konsequent auch auf die Aussenseiter.

Standpunkt des kollektiven Selbstbestimmungsrechts der Arbeitgeber und Arbeitnehmer aus gesehen unabdingbar. In diese Richtung gehen die Hauptargumente gegen die Ansicht des Bundesarbeitsgerichts: Seine Modellvorstellungen seien nicht justiziabel und zementierten die Macht der herrschenden Koalitionen.

Zur Justiziabilität stellen sich verschiedene Fragen³³. Wie lässt sich genügender sozialer Druck feststellen? Müsste nicht konsequenterweise einem einzelnen Arbeitgeber, der sich einer übermächtigen Gewerkschaft gegenüber sieht, die Tariffähigkeit abgesprochen werden? Lässt sich überhaupt ein künstliches Gleichgewicht schaffen? Ist ein gesamtarbeitsvertragsloser Zustand besser als ein nicht optimal ausgehandelter Vertragszustand? Alle diese Fragen führen zum Schluss, dass es nicht möglich ist, ein – ordnungspolitisch vielleicht sogar erwünschtes – künstliches Machtgleichgewicht zu schaffen. Wer meint, der Gesamtarbeitsvertrag müsse als Ordnungsinstrument nicht nur von den Parteien frei ausgehandelte und befriedigende Ergebnisse, sondern eine bis ins letzte gerechte und gemeinwohlfördernde Sozialordnung hervorbringen, dem bleibt ehrlicherweise nichts anderes übrig, als letztlich korrigierend in den Vertrag einzugreifen³⁴.

Ebenso schwer wiegt der Einwand, das Erfordernis der sozialen Mächtigkeit gefährde den Koalitionspluralismus. Dieser hat gerade für die Schweiz aus historischen Gründen eine grosse Tradition³⁵. Deshalb wollte das Obligationenrecht die Tariffähigkeit möglichst vielen Verbänden offenhalten und ist von einem freiheitlichen Geist geprägt: Weder ist die Tariffähigkeit auf repräsentative Koalitionen beschränkt noch gilt das Mehrheitsprinzip³⁶. Es gibt auch kein arbeitsgerichtliches Verfahren zur Überprüfung der Tariffähigkeit. Die Freiheit des Zugangs zur sozialen Selbstverwaltung, zur kollektiven Interessenwahrung wird damit höher bewertet als der ordnungspolitische Aspekt. Mit diesem freiheitlichen System ist das Erfordernis sozialer Mächtigkeit unvereinbar, wobei immerhin die organisatorische Struktur der Koalitionen als juristische Personen Gewähr für ein gewisses Gewicht bietet.

Es lässt sich nicht sagen, dass die Schweiz mit dem Koalitionspluralismus schlecht gefahren sei³⁷. Der Schweizerische Gewerkschaftsbund ist

33 Vgl. z.B. WIEDEMANN/STUMPF N 195f. zu § 2 TVG; BUCHNER 63ff.

34 Ebenso WIEDEMANN/STUMPF N 196 zu § 2 TVG.

35 HUG, Tarifaufonomie 178f.

36 HUG, Beiträge 334, 359.

37 Vgl. dazu BOLDI 378: «Im Kampf um die Verbesserung der Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmerschaft haben sie (die Gewerkschaften) Entscheidendes erreicht. Ihre grossen Erfolge bei der Gesetzgebung auf arbeits-, sozial- und gesellschaftspolitischem Gebiet und bei den Verhandlungen über die Gesamtarbeitsverträge zeigen deutlich, dass sie ein Machtfaktor sind, mit dem die politischen Parteien und die Arbeitgeberverbände rechnen müssen und auch rechnen».

zu einer machtvollen Organisation herangewachsen, in deren Sog auch die Minderheitsgewerkschaften vermehrten Einfluss gewannen. Die Möglichkeit des Verbandsanschlusses (Art. 356 Abs. 4 OR) hat dazu beigetragen, dass sich dies in den Verhandlungsergebnissen niederschlug.

III. Vertragliche Beschränkungen des Arbeitskampfes

A. Relative Friedenspflicht

Die relative Friedenspflicht stellt wenig Probleme. Art. 357a Abs. 2 OR statuiert sie ausdrücklich als Vertragspflicht der Gesamtarbeitsvertragsparteien. Demnach dürfen Fragen, die im Gesamtarbeitsvertrag geregelt oder absichtlich nicht geregelt wurden, nicht zum Gegenstand eines Arbeitskampfes gemacht werden³⁸. Die Vertragsparteien sind verpflichtet, diesbezüglich selbst den Arbeitsfrieden zu wahren und mit allen ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln zur Einhaltung der Friedenspflicht auf die einzelnen Mitglieder einzuwirken³⁹.

Die relative Friedenspflicht wird allgemein mit dem Grundsatz «pacta sunt servanda» begründet: Was in einem Gesamtarbeitsvertrag geregelt wurde, kann nicht mehr unter Einsatz von Kampfmitteln in Frage gestellt werden⁴⁰. Die relative Friedenspflicht lässt sich zudem funktional begründen. Ziel des Gesamtvereinbarungssystems ist es, die Arbeitsbedingungen durch einen vertraglichen Marktausgleich zu regeln. Zur Erreichung der angestrebten Ziele darf notfalls zum Mittel des Arbeitskampfes gegriffen werden. Hat sich jedoch der Interessenkonflikt in einem Vertrag niedergeschlagen und ist damit eine Marktregelung erfolgt, bleibt für deren Geltungsbereich und Geltungsdauer kein Platz für Machtausübung⁴¹. In diesem Sinn ist die relative Friedenspflicht dem Gesamtarbeitsvertrag immanent und bedürfte eigentlich weder gesetzlicher Normierung noch vertraglicher Abrede⁴².

Ihrer Funktion entsprechend ist die relative Friedenspflicht auf die Geltung und den Inhalt des abgeschlossenen Gesamtarbeitsvertrags beschränkt⁴³. Was von ihr umfasst wird, ist durch Auslegung zu ermitteln⁴⁴.

38 JAEGER 110; VISCHER 12.

39 BROX/RÜTHERS 74; REHBINDER 164f. Hingegen besteht keine Garantiepflicht, ebd. 166.

40 REHBINDER 164; SCHWEINGRUBER, Friedenspflicht 80.

41 Ebenso JÄGER 110.

42 Für viele BROX/RÜTHERS 73; JAEGER 110.

43 JAEGER 110; REHBINDER 165; SCHWEINGRUBER, Friedenspflicht 80.

44 BROX/RÜTHERS 74.

Dabei können heikle Abgrenzungsprobleme entstehen⁴⁵, insbesondere bezüglich der absichtlich ausgeklammerten Streitpunkte⁴⁶. Für im Vertrag nicht geregelte Streitpunkte bleiben Kampfmassnahmen erlaubt.

B. Absolute Friedenspflicht

Die relative Friedenspflicht kann vertraglich zur absoluten Friedenspflicht erweitert werden. Nach Art. 357a Abs. 2 OR bedarf es dazu einer ausdrücklichen Abrede; die Erweiterung wird nicht vermutet⁴⁷. Durch die absolute Friedenspflicht werden Arbeitskämpfe während der Dauer eines Gesamtarbeitsvertrags gänzlich ausgeschlossen⁴⁸. Nach einer Erhebung aus dem Jahre 1977 sehen 67% der schweizerischen Gesamtarbeitsverträge die absolute Friedenspflicht vor⁴⁹.

Nicht unerheblich ist der historische Hintergrund, welcher die Schweiz zum Land der Friedensabkommen werden liess. Die absolute Friedenspflicht ist zurückzuführen auf das legendäre Friedensabkommen vom 19. Juli 1937 der Maschinen- und Metallindustrie⁵⁰. Was heute meist als der entscheidende revolutionäre Schritt zum vorbildlichen sozialen Frieden bezeichnet wird, war viel nüchterner Natur: Es war Notwehr der Koalitionen gegen einen Staat, der unter dem Eindruck der auf die Schweiz übergreifenden Weltwirtschaftskrise und aus Furcht vor Lohnkonflikten die staatliche Zwangsschlichtung einführen wollte⁵¹. Dem kamen die Koalitionen durch Abschluss eines Friedensabkommens zuvor, welches die Entwicklung des sozialen Friedens massgeblich beeinflusst hat.

C. Verlängerung der Friedenspflicht nach Ablauf des Gesamtarbeitsvertrags

Die Friedenspflicht kann vertraglich für eine gewisse Zeit nach Ablauf des Gesamtarbeitsvertrags verlängert werden⁵². Dadurch sollen die Ver-

45 Vgl. allgemein zum Umfang der relativen Friedenspflicht SCHWEINGRUBER, Friedenspflicht 88ff.

46 Vgl. dazu BROX/RÜTHERS 75; VISCHER 14.

47 Nach h.L. statuiert Art. 357a Abs. 2 OR nur die relative Friedenspflicht, siehe JAEGER 113f. Diese darf von den Vertragsparteien nicht ausgeschlossen werden. Hingegen ist es den Parteien selbstverständlich erlaubt, Vereinbarungen im Bereich zwischen relativer und absoluter Friedenspflicht zu treffen. Zu denken ist z.B. an den Ausschluss einzelner Kampfmittel.

48 REHBINDER 165; SCHWEINGRUBER/BIGLER 69.

49 Vgl. SCHWEINGRUBER, Friedenspflicht 9.

50 Vgl. dazu ausführlich GALLATI 115ff.; HEITHER 85ff.; JAEGER 107f.

51 Zu den Entstehungsgründen ausführlicher GALLATI 111; JAEGER 106f.

52 BROX/RÜTHERS 86; REHBINDER 165.

tragsparteien vor Ergreifen von Kampfmassnahmen die Möglichkeit zu Verhandlungen haben. Besonders Gesamtarbeitsverträge mit vertraglich vereinbarten Schlichtungsinstanzen verpflichten die Vertragsparteien für die Dauer des Verfahrens zur Wahrung des Arbeitsfriedens⁵³. Auch mehrere kantonale Erlasse zur staatlichen Schlichtung sehen während des Schlichtungsverfahrens die Friedenspflicht vor; im bundesrechtlichen Verfahren gilt sie nur für die Dauer von 45 Tagen⁵⁴. Eine «cooling-off-period» im Sinne einer zeitlich angemessenen Ausdehnung der Friedenspflicht über die Laufzeit des Gesamtarbeitsvertrags hinaus ist nicht zu beanstanden und wird zum Teil von der Lehre sogar als Ausfluss der Ultima-ratio-Doktrin für unerlässlich gehalten⁵⁵.

IV. Absolute Schiedsgerichtsbarkeit

A. Absolute Friedenspflicht als Ursache von Koordinationslücken

Unter dem Gesichtspunkt des Arbeitsfriedens ist der vertragliche Verzicht auf Ausübung der an und für sich legitimen Macht begrüssenswert. Das bedarf keiner weiteren Begründung. So steht auch die Mehrheit der interessierten Bevölkerung hinter der absoluten Friedenspflicht⁵⁶.

Arbeitskämpfe haben jedoch eine wirtschaftsrechtliche und ordnungspolitische Funktion. Sie sind im Fall fehlgeschlagener Vertragsverhandlungen jener Mechanismus, der – im Rahmen seiner funktionalen, sich in Rechtsnormen niederschlagenden Schranken – doch noch zum Marktausgleich führt. Es ist SCHWEINGRUBERS⁵⁷ Verdienst, – ausgehend von der Prämisse, dass der Verzicht auf den Kampf kollektive Konflikte nicht aus der Welt schafft – nachgewiesen zu haben, dass die absolute Friedenspflicht für solche Konflikte keine Lösung bietet und wirtschaftsrechtlich eine unerwünschte «Organisationslücke»⁵⁸ entstehen lässt. Zwar ist es in der schweizerischen Gesamtarbeitsvertragspraxis üblich, dem Gebot der absoluten Friedenspflicht folgend zum Teil ausgeklügelte und detaillierte Schlichtungsverfahren bis hin zur schiedsgerichtlichen Erledigung zu vereinbaren⁵⁹. Subsidiär steht der staatliche Schlichtungsapparat zur Verfügung. Jedoch wird nur selten vereinbart, dass der schiedsgerichtliche Entscheid Rege-

53 JAEGER 130f.

54 REHBINDER 190.

55 So z.B. VISCHER 15.

56 JAEGER 108; ZANETTI, Friedenspflicht 31.

57 Bereits vor 35 Jahren in SCHWEINGRUBER, Entwicklungstendenzen 217f.; ders., Friedenspflicht 86; SCHWEINGRUBER/BIGLER 70f.

58 SCHLUEP, Überbordungsgefahren 181.

59 Vgl. die 19 Bsp. bei SCHWEINGRUBER, Friedenspflicht 16ff.

lungsstreitigkeiten⁶⁰ endgültig und unanfechtbar beenden soll⁶¹. Auch die staatliche Schlichtung ist nur dann verbindlich, wenn sich die Parteien im vornherein oder im nachhinein dem Schiedsspruch unterwerfen⁶².

Scheitert die gütliche Einigung, steht die fordernde Partei vor einem systemwidrigen Dilemma: Der Arbeitskampf, welcher nun zur Lösung des Konflikts in die Bresche springen sollte, kann nicht ausgelöst werden, da die absolute Friedenspflicht ihn verbietet. Was bleibt, ist ein ungelöster Konflikt als unbefriedigende Koordinationslücke oder sogar – noch unbefriedigender – ein vertrags- und somit rechtswidriger Arbeitskampf. Die rechtmässige Interessenwahrung ist verunmöglicht⁶³.

B. *Absolute Schiedsgerichtsbarkeit als Ausweg?*

Bereits im Jahre 1947 schlug SCHWEINGRUBER⁶⁴ als Ausweg vor, neben die absolute Friedenspflicht und die Schiedsgerichtsbarkeit für vertraglich geregelte Fragen müsse die verbindliche Schiedsgerichtsbarkeit für Regelungsstreitigkeiten treten. Dabei handle es sich nicht um Rechtsprechung, sondern um «(vertraglich vorgesehene) Zwangsschlichtung von ausserrechtlichen Konflikten»⁶⁵. Bei einem primitiven Gesamtarbeitsvertrag sei die absolute Friedenspflicht nie, bei einem gut ausgebauten nur in Verbindung mit der absoluten Schiedsgerichtsbarkeit zu vereinbaren. Im Kommentar SCHWEINGRUBER/BIGLER⁶⁶ wurde diese Linie weitergeführt und neuerdings in einer Monographie noch umfassender untermauert⁶⁷. Wer von der Gegenpartei die absolute Friedenspflicht verlange, müsse zu umfassender Konfliktregelung Hand bieten. Die Konflikterledigung müsse so umfassend organisiert sein wie die Friedenspflicht⁶⁸. Es handle sich dabei nicht um zivilprozessuale Schiedsgerichtsbarkeit, was grundsätzlich zum Wegfall der prozessualen Bindungen führe. Es handle sich auch keinesfalls um Zwangsschlichtung, denn die Parteien würden sich im voraus freiwillig dem Ent-

60) Schiedsgerichte werden mehrheitlich für Rechts-, jedoch nicht für Regelungsstreitigkeiten eingesetzt, vgl. SCHWEINGRUBER, Friedenspflicht 129ff., 134ff. Rechtsstreitigkeiten betreffen die Durchsetzung bereits bestehender Ansprüche (vgl. JAEGER 25f.). Für sie sind Schiedsabreden problemlos. Sie ersetzen das ordentliche staatliche Zivilprozessverfahren. Es ist eine der Rechtmässigkeitsvoraussetzungen des Arbeitskampfes, dass er nur für Regelungsstreitigkeiten eingesetzt wird: Er ist «Regelungsstreit, nicht Rechtsstreit» (REHBINDER 188).

61) SCHWEINGRUBER, Friedenspflicht 131, 137.

62) Auf Bundesebene Art. 34 FabrikG, Art. 5 FEG.

63) SCHWEINGRUBER/BIGLER 71.

64) SCHWEINGRUBER, Entwicklungstendenzen 218ff.

65) Ebd. 219.

66) SCHWEINGRUBER/BIGLER 71.

67) Vgl. SCHWEINGRUBER, Friedenspflicht 84ff., 112ff., 123ff., insb. 131ff.

68) Ebd. 114. Damit ist in erster Linie die Arbeitgeberseite angesprochen.

scheid unterwerfen⁶⁹. Die Verbindlichkeit der Schiedssprüche ergebe sich aus der vertraglichen Bindung der Gesamtarbeitsvertragsparteien und führe bei Nichteinhaltung zu den entsprechenden Rechtsfolgen⁷⁰.

Der Schweizerische Verband evangelischer Arbeitnehmer ist ebenfalls der Ansicht, die absolute Friedenspflicht müsse durch die absolute Schiedsgerichtsbarkeit ergänzt werden⁷¹ und erarbeitete zusammen mit HUG «Mustervorschläge für Bestimmungen über Schlichtung und Schiedsgerichtsbarkeit in GAV mit absoluter Friedenspflicht»⁷². Für JAEGER ist die Kombination von absoluter Friedenspflicht mit absoluter Schiedsgerichtsbarkeit «als wohl umfassendster Verfahrensmodus sozialer Friedenssicherung» zu werten⁷³.

C. Kritik

Als Postulat zur Ausfüllung der durch die absolute Friedenspflicht entstandenen Koordinationslücke ist der Ruf nach absoluter Schiedsgerichtsbarkeit zu begrüßen. Es ist meines Erachtens jedoch der falsche Weg. SCHWEINGRUBER selbst muss eingestehen, dass die Lösung zumindest nicht völlig unbedenklich ist⁷⁴; es stellen sich eine Reihe Fragen⁷⁵: Was ist Gegenstand eines Kollektivkonflikts und besteht nicht die Gefahr, Einzelfragen und Rechtsstreitigkeiten zu kollektiven Regelungsstreitigkeiten umzufunktionieren, um so dem strengeren zivilprozessualen Verfahren zu entgehen? Ist den Parteien bewusst, dass sie einen grossen Teil ihrer Dispositionsfreiheit preisgeben? Wer eignet sich für die heikle Aufgabe als «Schiedsrichter»? Wie soll das Verfahren ausgestaltet, wie der Schiedsspruch vollstreckt werden? Auch wenn sich für einige dieser Fragen Lösungen ergeben dürften, sind die Bedenken nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen.

Ein anderer Einwand wiegt noch viel schwerer. Es herrscht in der Schweiz Einigkeit darüber, dass die staatliche Zwangsschlichtung von Arbeitskonflikten unzulässig⁷⁶, ja verfassungswidrig ist⁷⁷. Das freie Aushan-

69 Wie es auch Art. 34 FabrikG und Art. 5 EEG vorsehen, im Unterschied zur absoluten Schiedsgerichtsbarkeit jedoch nicht für alle zukünftigen Regelungsstreitigkeiten, sondern nur für den konkret unterbreiteten Einzelkonflikt.

70 Art. 92, 97ff. OR, SCHWEINGRUBER, Friedenspflicht 140f.

71 SVEA 7.

72 Ebd. 13ff.

73 JAEGER 134.

74 SCHWEINGRUBER/BIGLER 71. In SCHWEINGRUBER, Entwicklungstendenzen 220 FN 1 wird sogar von der «Unzulänglichkeit dieser Lösung» gesprochen.

75 Vgl. dazu und zum Teil zu den entsprechenden Lösungsvorschlägen SCHWEINGRUBER, Entwicklungstendenzen 219f.; *ders.*, Friedenspflicht 137ff.

76 Bereits SCHWEINGRUBER, Entwicklungstendenzen 219.

77 Neuerdings GYGI 52; JAEGER 172; SCHLUEP, Überbordungsgefahren 183 FN 21.

deln der Arbeitsbedingungen durch die Koalitionen ist in einer Marktwirtschaft das logische freiheitliche Korrelat zum gütermarktlichen Wettbewerb. Der Grundsatz für freie Vereinbarung der Arbeitsbedingungen und gegen deren hoheitliche Festsetzung hat aber nicht nur diese freiheitlich-verfassungsrechtliche Bedeutung, sondern führt weiter. Zu Recht führt SCHLUEP aus, dass Zwangsschlichtung nicht nur «die Rücknahme der Gruppenautonomie für den Fall mangelnden Konsenses» wäre, sondern «– angesichts der steten Drohung im Hintergrund – auch die «Richtigkeitsgewähr» einer effektiven Einigung» gefährden würde⁷⁸. Dem Arbeitskampf fällt im Falle scheiternder Verhandlungen die wirtschaftsrechtliche Funktion der Schließung der Organisationslücke zu, und zwar weil er die systemgerechte, freiheitliche und marktkonforme Lösung ist, welche die angemessensten Marktergebnisse zeitigt. Erst der Arbeitskampf gibt «der freien Tarifautonomie ihre Funktionsfähigkeit und ihre soziale Dynamik»⁷⁹. Es ist für den adäquaten Marktausgleich wichtig, dass hinter der Macht der Vertragsparteien die Arbeitskampfdrohung steht. Arbeitskämpfe führen nicht nur direkt als letzter Schritt zum Marktausgleich, sondern spielen schon beim Verhandlungskalkül eine eminent wichtige Rolle⁸⁰.

So gesehen steht dem Arbeitskampf nicht nur die Zwangsschlichtung als «Beendigung des Konflikts durch verbindlichen Schiedsspruch einer staatlichen Stelle auch gegen den Willen nur einer der konfligierenden Parteien»⁸¹ entgegen, sondern jede Festsetzung der Arbeitsbedingungen durch Dritte. Der Grundsatzentscheid ist nicht gegen staatliche Zwangsschlichtung gefallen, sondern für Arbeitskampffreiheit. Der Arbeitskampf mit seinen negativen Auswirkungen auch für die Allgemeinheit und für Unbeteiligte wird gerade deshalb als letztes Mittel der Konfliktlösung anerkannt, weil es keinen verbindlichen Massstab für den «Preis» der Arbeit gibt⁸². Das schliesst jegliche Festsetzung der Arbeitsbedingungen durch jemand anderen als die Vertragsparteien und gegen deren Willen aus. Arbeitskonflikte sind nicht justiziabel, weder durch den Staat noch durch aussenstehende Dritte⁸³.

Gerade ein solches System wird jedoch dann durch die absolute

78 SCHLUEP, Überbordungsgefahren 181.

79 RÜTHERS, Gerichtliche Zwangsschlichtung 16.

80 Das meint SCHLUEP, Überbordungsgefahren 181 mit der «Richtigkeitsgewähr». Trefend RÜTHERS, Gerichtliche Zwangsschlichtung 22: Es gilt, «dass die Möglichkeit zum Arbeitskampf in einer freiheitlichen Sozialordnung als prinzipiell *notwendige* Einrichtung gelten muss. Ohne sie ist die freie Tarifautonomie in ihrer Funktion gefährdet, angemessene Arbeitsmarktpreise zu bilden».

81 JAEGER 171.

82 Für viele RÜTHERS, Gerichtliche Zwangsschlichtung 35f.

83 Vgl. dazu JAEGER 132f.

Schiedsgerichtsbarkeit für Regelungsstreitigkeiten etabliert, wenn sich die Vertragsparteien dem Entscheid zum voraus vorbehaltlos unterwerfen. Es sind nicht mehr die Vertragsparteien, welche die Arbeitskonflikte lösen, sondern eine dritte Instanz. Die Vertragsparteien haben das Ergebnis zu akzeptieren, ob sie damit einverstanden sind oder nicht. SCHWEINGRUBER selbst hat von «(vertraglich vorgesehener) Zwangsschlichtung»⁸⁴ gesprochen. Diese Aussage bleibt richtig, auch wenn er sie später zu relativieren versuchte⁸⁵. Das Argument, von Zwangsschlichtung könne deshalb nicht gesprochen werden, weil sich die Parteien freiwillig dem Entscheid unterwerfen⁸⁶, sticht nicht. Der absoluten Schiedsgerichtsbarkeit steht nicht in erster Linie der Zwang zur Annahme eines Entscheids entgegen; sondern die Systemwidrigkeit und Unzulässigkeit der Festlegung der Arbeitsbedingungen durch Dritte, durch jemand anderen als die Vertragsparteien. Absolute Schiedsgerichtsbarkeit ist in diesem Sinn Zwangsschlichtung – Zwang zur Akzeptierung der Regelung der Arbeitsbedingungen durch Dritte, auch wenn man mit dem Ergebnis nicht einverstanden ist – und unterscheidet sich von der Festsetzung der Arbeitsbedingungen durch den Staat grundsätzlich nicht⁸⁷.

Rechtlich ist die absolute Schiedsgerichtsbarkeit unter dem Gesichtspunkt der Schranken vertraglicher Bindung zu beurteilen. Als Ansatzpunkt bietet sich zuerst Art. 27 Abs. 2 ZGB an. JAEGER führt dazu aus, dass durch die absolute Schiedsgerichtsbarkeit die Vertragsfreiheit «als Freiheit, einen Vertrag bestimmten Inhalts abzuschliessen oder davon abzulassen, in nicht überschaubarem Ausmass gebunden»⁸⁸ werde und eine solche Abmachung Art. 27 Abs. 2 ZGB verletzen könne⁸⁹. Unter dem Aspekt der Frie-

84 SCHWEINGRUBER, Entwicklungstendenzen 219.

85 Ders., Friedenspflicht 140.

86 JAEGER 130.

87 Das zeigt sich deutlich, wenn man sich den praktischen Ablauf eines solchen Verfahrens vor Augen hält. SCHWEINGRUBER, Friedenspflicht 139 selbst meint, als «Schiedsrichter» kämen nur wenige Persönlichkeiten in Frage. M.E. müssten sie sowohl von den Parteien als auch von der Öffentlichkeit akzeptiert sein. Dabei kommen potentiell Politiker oder dem Staat nahestehende Persönlichkeiten (SCHWEINGRUBER, Friedenspflicht 139 weist auf die Obmänner der kantonalen Einigungsämter hin) zum Zug. Dazu hat HERSCHEL, Der politische Schlichter 485ff. (ein treffender Titel!) nachgewiesen, dass solche Schlichter eben politischen Gesichtspunkten den Vorzug geben. Das soll ihnen nicht zum Vorwurf gemacht werden, entspricht aber im Ergebnis staatlicher Zwangsschlichtung.

88 Es kann nicht verwundern, dass sich gerade die Arbeitgeberseite gegen die absolute Schiedsgerichtsbarkeit wendet (vgl. TSCHUDI 288ff.). Die Arbeitgeber werden nicht nur durch die absolute Schiedsgerichtsbarkeit in ihrer Freiheit stärker betroffen als die Arbeitnehmer (vgl. SCHWEINGRUBER, Friedenspflicht 87), sie sind als Träger der oft kritisierten HGF gegenüber Freiheitsbeschränkungen sehr skeptisch.

89 JAEGER 133.

denssicherung scheint ihm diese Konsequenz dann doch haltbar, und er kommt zum Schluss, die Zulässigkeit absoluter Schiedsgerichtsbarkeit sei kasuistisch zu beurteilen⁹⁰. Die von ihm aufgeführten Gründe, welche für die Zulässigkeit absoluter Schiedsgerichtsbarkeit sprechen sollen, vermögen nicht voll zu überzeugen⁹¹. Es bleibt der Einwand, von übermässiger vertraglicher Bindung könne deshalb nicht gesprochen werden, weil es den Parteien freistehe, sich vor dem Schiedsspruch zu einigen⁹². Hält man sich dann noch die strengen Anforderungen vor Augen, welche das Bundesgericht an eine übermässige Bindung der wirtschaftlichen Freiheit stellt⁹³, wird letztlich doch Entscheidendes von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängen.

Neben dem Charakter eines Freiheitsrechts der Vertragsparteien hat der Arbeitskampf jedoch noch eine wirtschaftsrechtliche Funktion zu erfüllen. Er hat bei fehlgeschlagenen Vertragsverhandlungen für den notwendigerweise zu erfolgenden Marktausgleich zu sorgen. Dabei ist der wirtschaftsverfassungsrechtliche Entscheid zugunsten der Arbeitskampffreiheit und gegen die Festsetzung der Arbeitsbedingungen durch Dritte gefallen. Die Arbeitsmarktparteien sollen die Arbeitsbedingungen ohne drohende Fremdbestimmung im Rücken – im Gegenteil mit drohendem Arbeitskampf als Waffe – festlegen können. Davon erwartet man die dem Gemeinwohl am besten entsprechenden Ergebnisse. Wie das Wettbewerbssystem⁹⁴ erfüllt auch das Gesamtvereinbarungssystem als Institution des Wirtschaftsrechts Funktionen, die im Interesse der Allgemeinheit sind. Als wirtschaftsrechtliches Institut ist der Arbeitskampf deshalb Teil der öffentlichen Ordnung⁹⁵. Die Vereinbarung absoluter Schiedsgerichtsbarkeit in dem Sinn, dass sich die Vertragsparteien im voraus vorbehaltlos⁹⁶ dem Schiedsentscheid unterwerfen, beseitigt das Institut des Arbeitskampfs für die Laufzeit des Gesamtarbeitsvertrags und überlässt die Koordination des Marktes im Konfliktfall einem Mechanismus, der im Ergebnis (verfassungswidriger) Zwangsschlich-

90 Ebd. 134.

91 Es handle sich nur um Ergänzungen oder Modifizierungen eines bereits abgeschlossenen Vertrags, beide Parteien seien gleichermaßen beschränkt, die entscheidende Stelle sei in der Regel paritätisch besetzt und die Dauer der GAV kurz, vgl. ebd. 133f.

92 Was in der Praxis in der überwiegenden Mehrheit der Fälle geschieht, vgl. SCHWINGGRUBER/BIGLER 71.

93 Vgl. zuletzt BGE 104 II 8f.

94 Das KG hat zwei Zielsetzungen. Neben den Schutz der wirtschaftlichen Persönlichkeit der einzelnen Wettbewerber tritt der Schutz des Wettbewerbssystems an sich, vgl. BBL 1981 II 1310ff.

95 SCHLUEP, Überbordungsgefahren 184.

96 Bedenkenlos ist die nachträgliche Akzeptierung eines Schiedsspruchs, welchem dann nur die Wirkung eines Schlichtungsvorschlags zugekommen ist.

tung gleichkommt^{97, 98}. Darin ist ein Verstoss gegen die öffentliche Ordnung im Sinne von Art. 19 Abs. 2 OR⁹⁹ zu sehen^{100, 101}.

V. *Alternative*

A. *Grundsätzliches*

Die Ablehnung der absoluten Schiedsgerichtsbarkeit bedeutet keine Absage an den Arbeitsfrieden. Wer glaubt oder hofft, dass nun als Alternative die Konfrontation zwischen den Arbeitsmarktparteien gepredigt wird, ist zu enttäuschen. Die Wahrung des Arbeitsfriedens bleibt «sicherlich der vornehmste Zweck der Verleihung der Tarifautonomie»¹⁰². Die Wahl zwischen vertraglicher Festlegung der Arbeitsbedingungen und Arbeitskampf muss grundsätzlich gegen den wirtschaftlichen Kampf ausfallen¹⁰³. Aber: Der Arbeitskampf ist verfassungsrechtlich gewährleistet und übt eine bestimmte Funktion aus. Es geht darum, ihn trotz seiner zur Genüge bekannten unerwünschten Nebenfolgen nicht zu fürchten. Überbordungen sind unvermeidbar. Sie gestatten aber nicht, das Institut des Arbeitskampfs aufzuheben. Es geht vielmehr darum, sie zu erkennen und ihnen zu begegnen¹⁰⁴. Dafür ist ein Zweifaches nötig. Erstens braucht man funktionsgerechte Arbeitskampfnormen¹⁰⁵ für die rechtliche Beurteilung allfälliger

97 JAEGER 133 ist allgemein (ohne Bezug auf die absolute Schiedsgerichtsbarkeit) der Meinung, die Statuierung der absoluten Friedenspflicht finde dort ihre verfassungsrechtliche Schranke, wo sie die Koalitionen bei der Erfüllung ihres Ordnungsauftrags lähme. Aber auch wenn man die Verfassungswidrigkeit der absoluten Schiedsgerichtsbarkeit verneint, bleibt die Systemwidrigkeit, welche m.E. zur Ablehnung genügt.

98 In diesem Sinne sind auch Art. 34 FabrikG und Art. 5 EEG ordnungspolitisch und verfassungsrechtlich fragwürdige Bestimmungen, soweit sie den Parteien die vorbehaltlose Unterwerfung unter den Entscheid vor dessen Fällung ermöglichen.

99 «Von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vorschriften sind nur zulässig, wo das Gesetz nicht eine unabänderliche Vorschrift aufstellt oder die Abweichung nicht einen Verstoss gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit in sich schliesst».

100 Die absolute Schiedsgerichtsbarkeit für Regelungsstreitigkeiten wird auch von TSCHUDI 292 abgelehnt.

101 Der Vorschlag der Anwendung von Art. 19 Abs. 2 OR im kollektiven Arbeitsrecht ist nicht neu: Bereits Ht G, Beiträge 334 sah in den Normen des kollektiven Arbeitsrechts einen Teil der öffentlichen Ordnung. Zum selben Ergebnis kommt wohl auch SCHLUEP, Überbordungsgefahren 188f.

102 BÄNZIGER, Effektivklausel 108.

103 Insoweit ist SCHWEINGRUBER, Friedenspflicht 77 zuzustimmen, nicht jedoch der Folgerung, es sei – wo die Wahl bestehe – jede Konflikterledigung ohne Kampf dem Kampf vorzuziehen.

104 So auch SCHLUEP, Überbordungsgefahren 204.

105 Das muss nicht unbedingt gesetztes Recht sein. Die momentan breite Diskussion der Probleme des Arbeitskampfs in der Schweiz zeigt, dass die Doktrin hier grosse Dienste leisten kann.

Konflikte¹⁰⁶ sowie klare Grenzen der Tarifaufonomie. Damit ist es nicht getan. Rechtsnormen allein vermögen unrechtmässige Arbeitskämpfe nicht zu verhindern¹⁰⁷ – übrigens ebensowenig die absolute Schiedsgerichtsbarkeit¹⁰⁸. Hier haben die Koalitionen selbst einzuspringen. Kein Rechtsinstitut kann die verantwortungsvolle Verbandspolitik der Koalitionen ersetzen¹⁰⁹. Sie ist der beste Garant eines stabilen Arbeitsfriedens, in welchem auch der Arbeitskampf seinen Platz hat. Dass diese Voraussetzung in der Schweiz gegeben ist, davon legt die Arbeitsmarktpolitik des letzten Halbjahrhunderts ein beredtes Zeugnis ab.

B. «Relativierung» der absoluten Friedenspflicht

Systemwidrig ist die absolute Schiedsgerichtsbarkeit, nicht die absolute Friedenspflicht. Darum muss die Alternative nicht relative Friedenspflicht heissen. Sie kann es; das ist aber keine rechtliche Frage, sondern eine verbandspolitische und fällt in die Verantwortung der Koalitionen¹¹⁰.

Als Beitrag zur Sicherung des Arbeitsfriedens spielt die absolute Friedenspflicht eine wichtige Rolle. Sie ist dann fraglich, wenn sie den Ordnungsauftrag des Gesamtvereinbarungssystem gefährdet¹¹¹. Ist der Machtgleich, das Ausfüllen allfälliger Koordinationslücken, jedoch gesichert, bleibt die absolute Friedenspflicht unbedenklich: Es ist tatsächlich praktisch undenkbar, einen Gesamtarbeitsvertrag korrekt anzuwenden und einzuhalten und gleichzeitig parallel einen Arbeitskampf zu führen¹¹². Zudem haben sich bei den heute umfassenden Gesamtarbeitsverträgen die Grenzen zwischen relativer und absoluter Friedenspflicht weitgehend verwischt¹¹³. Und als letztes ist zu betonen, dass die absolute Friedenspflicht ja kein «Geschenk» der Arbeitnehmerseite ist, sondern von der Arbeitgeberseite zum Teil hart «erkauft» werden muss¹¹⁴.

106 REHBINDER 180. Näheres zum Arbeitskampfrecht vgl. vorn § 4 IV. D.

107 Vgl. dazu SCHLEIF, Überbordungsgefahren 204: «Aber auch dann bleibt ein schwer zu tragender Rest an Ausuferungsgefahren. Ihm wird man auch mit den ausgefeiltesten Rechtsregeln nicht begegnen können, weil es sich um die Folge sozusagen konstitutioneller Schwächen der Gruppenvereinbarungsautonomie handelt».

108 THALMANN-ANTENEN 68: «Untragbar gewordene soziale Spannungen werden sich durch kein noch so klug ausgedachtes Verfahren auf die Dauer in Schranken halten lassen, insbesondere nicht durch Unterdrückung der dem Arbeitsrecht innewohnenden Machtkomponente, wie dies durch eine staatliche Zwangsschlichtung kollektiver Interessenkonflikte geschieht».

109 Dazu eindringlich ZANETTI, Friedenspflicht 30ff., 39.

110 Dabei sind die Bedenken, wie sie z.B. ZANETTI, Friedenspflicht 37 äussert, ernst zu nehmen.

111 Vgl. zu den verfassungsrechtlichen Schranken der Vereinbarung der absoluten Friedenspflicht JAEGER 52 FN 12, 112f.

112 SCHWEINGRUBER, Friedenspflicht 93f.

113 SCHWEINGRUBER, Friedenspflicht 93f.; VISCHER 14.

114 Dazu eindrucklich die Schilderung der Vertragsverhandlungen zum LMV des Baugewerbes 1977–1981 bei FISCHER 228f. Vgl. auch SCHWEINGRUBER, Friedenspflicht 94ff.

Es geht also darum, die absolute Friedenspflicht beizubehalten und im Falle auftretender Regelungsstreitigkeiten während der Vertragsdauer dennoch als Ultima ratio die Konfliktlösung durch Arbeitskampf zuzulassen. Zwei Möglichkeiten stehen zur Diskussion: Generell kürzere Vertragsdauer oder die ausserordentliche Kündigungsmöglichkeit bei gescheiterten Verhandlungen.

Geht man davon aus, dass die Mehrzahl der schweizerischen Gesamtarbeitsverträge umfassend ausgebaut ist¹¹⁵ und deshalb für echte Regelungsstreitigkeiten nur wenig Platz bleibt, ist es nicht nötig – wie z.B. in Deutschland üblich – jedes Jahr oder sogar jedes halbe Jahr an den Verhandlungstisch zu sitzen, um einen neuen Vertrag auszuknobeln. Als wiederkehrende Regelungsstreitigkeit von echter Brisanz bleibt in der Praxis die Lohnanpassung übrig. Üblicherweise verpflichten sich die Vertragsparteien, darüber jährlich zu verhandeln¹¹⁶, wobei man in der überwiegenden Mehrheit der Fälle einig wird. Allgemein folgt daraus, dass es vollauf genügt, die absolute Friedenspflicht nur dann wegfallen zu lassen, wenn für eine auftretende Regelungsstreitigkeit keine Einigung zu erzielen ist. In concreto: Tritt eine Regelungsstreitigkeit auf, ist zu verhandeln, dann eine vertragliche oder staatliche Schlichtungsinstanz anzurufen und zuletzt eventuell sogar ein «Schiedsverfahren»¹¹⁷ durchzuführen, jedoch ohne vorherige Unterwerfung unter den Entscheid. Ist eine Partei mit dem Schlichtungsvorschlag oder dem «Schieds»-Entscheid nicht einverstanden, soll sie den Gesamtarbeitsvertrag unter Einhaltung einer angemessenen Kündigungsfrist auflösen können. Dann steht der Weg für einen systemkonformen Arbeitskampf offen.

Diese Lösung wurde in der Praxis bereits vereinbart: Im Landesmantelvertrag für das schweizerische Baugewerbe vom 13. Dezember 1976 mit einer fünfjährigen Vertragsdauer ohne ordentliche Kündigungsmöglichkeit ist sie zu finden¹¹⁸. Dessen Art. 4.1. sieht jährliche besondere Vereinbarungen über allfällige Lohnanpassungen vor. Art. 9 bestimmt, dass für Streitigkeiten über Lohnanpassungen nur Schlichtung möglich, Schiedsgerichtsbarkeit ausdrücklich ausgeschlossen ist. Kommt keine Schlichtungseinigung zustande, steht beiden Parteien das Recht zur ausserordentlichen Kündigung des Gesamtarbeitsvertrags unter Einhaltung einer dreimonatigen Frist zu¹¹⁹.

Die Vereinbarung entspricht dem Grundgedanken nach der soeben skizzierten Modellvorstellung. Es ist abzuwarten, wie sie sich in der Praxis

115 SCHWEINGRUBER, Friedenspflicht 93; ZANETTI, Friedenspflicht 35f.

116 Z.B. Art. 4 LMV für das Baugewerbe vom 13. Dezember 1976, Art. 98 Ziff. 2 Landes-GAV für das Gastgewerbe vom 14. November 1980.

117 Im unformellen Sinn, vgl. SCHWEINGRUBER, Friedenspflicht 138ff.

118 Der volle Wortlaut des Vertrags findet sich bei TSCHUDI 416ff.

119 Interessant ist die Vorgeschichte dieser Vereinbarung. Der Vorschlag ging zur Rettung der absoluten Friedenspflicht und zur Vermeidung der absoluten Schiedsgerichtsbarkeit von der Arbeitgeberseite aus! Vgl. TSCHUDI 228f.

bewähren wird. Konsequenterweise wäre sie nicht nur auf die Lohnanpassung zu beschränken, sondern auf alle Regelungsstreitigkeiten auszuweiten¹²⁰.

Durch eine solche Vereinbarung wird der soziale Friede nicht gefährdet¹²¹. Anders als bei der relativen Friedenspflicht kann nach erfolgloser Schlichtung nicht einfach ein Arbeitskampf ausgelöst werden. Die fordernde Partei muss den Gesamtarbeitsvertrag als Ganzes kündigen, wobei sie eine zuvor vielleicht hart erkämpfte umfassende Regelung nicht leichtfertig aufs Spiel setzen wird. Die Schwellenangst vor der Kündigung dürfte gleich gross sein wie jene vor dem unanfechtbaren Schiedsgerichtsentscheid¹²² – nur ist sie systemgerechter. Falls aber wirklich gekündigt wird, entfällt die paradoxe Situation, dass Gesamtarbeitsvertrag und Arbeitskampf nebeneinanderstehen. Zudem wird durch den Wegfall des ganzen Vertrags der Verhandlungsspielraum für eine neue Einigung erhöht.

VI. *Schlussbemerkung*

Man mag einwenden, das soeben besprochene Problem sei (zum Glück) vorwiegend theoretischer Natur: Sowohl der endgültige Schiedsgerichtsentscheid wie eine Vertragskündigung bei fehlgeschlagener Verhandlung würden die seltene Ausnahme bleiben¹²³. Dennoch rüttelt die absolute Schiedsgerichtsbarkeit an einem Grundprinzip des Gesamtvereinbarungssystems. Wenn RÜTHERS¹²⁴ für die Bundesrepublik Deutschland ausführt, die Arbeitskampffreiheit sei bei realistischer Betrachtung faktisch stark beschränkt, so gilt das auch für die Schweiz. Das ist gerechtfertigt; nicht gerechtfertigt sind aber rechtlich systemwidrige weitergehende Beschränkungen der Arbeitskampffreiheit, wie meines Erachtens die absolute Schiedsgerichtsbarkeit eine ist. Solche Tendenzen sind vermehrt feststellbar¹²⁵. Wie

120 Ob dabei zwingend auch ein unverbindliches und unförmelles «Schiedsverfahren» neben die Schlichtung treten muss, ist eine Frage des Arbeitskampfrechts (Verhältnismässigkeitsprinzip und Ultima-ratio-Doktrin, vgl. dazu vorn § 4 IV. D. und dortige Literaturhinweise).

121 GALLATI 154 sieht selbst in der relativen Friedenspflicht keine potentielle Gefährdung des Arbeitsfriedens.

122 Die Skepsis der Arbeitsmarktparteien vor dem Schiedsgerichtsentscheid zeigt sich nicht zuletzt darin, dass solche Entscheide noch seltener als Arbeitskämpfe sind, vgl. SCHWENGRUBER, Friedenspflicht 128. Man will das Risiko einer Fremdbestimmung nicht eingehen und schliesst zuvor einen Kompromiss. Zwar scheut man auch den Arbeitskampf, doch bietet die Arbeitskampfdrohung die bessere «Richtigkeitsgewähr» (SCHLUEP, Überbordungsgefahren 181).

123 Immerhin ist in der Schweiz in letzter Zeit eine klare Verhärtung des sozialen Klimas festzustellen, vgl. z.B. HOHN Iff.

124 RÜTHERS, Gerichtliche Zwangsschlichtung 29.

125 Z.B. der Versuch des BAG, über eine Überprüfung der materiellen Berechtigung des Kampfzieles bei der Beurteilung der Rechtmässigkeit von Arbeitskämpfen zu einer versteckten staatlichen Zwangsschlichtung zu gelangen, vgl. dazu ausführlich RÜTHERS, Gerichtliche Zwangsschlichtung 29ff.; SCHLUEP, Überbordungsgefahren 201f.

HERSCHEL¹²⁶ ausführt, hat man sich entweder für Tarifautonomie oder für staatliche Lohnpolitik zu entscheiden. Eine dritte Alternative sollte es nicht geben. Nachdem man sich für die Tarifautonomie entschieden hat, «muss man es mit letzter Konsequenz tun und peinlich alle Zwischenerscheinungen meiden, weil diese auf die Dauer geeignet sind, das System aufzuweichen»¹²⁷. Deshalb ist das besprochene Problem für die Tarifautonomie und das freiheitliche Gesamtvereinbarungssystem von existenzieller Bedeutung und verdient entsprechende Beachtung. Auch wenn die Arbeitskampffreiheit nur ein «systemgerechtes Übel»¹²⁸ ist – es geht um eine Freiheit.

§ 8 Das Günstigkeitsprinzip als Schranke der Gesamtvereinbarungen auf dem Arbeitsmarkt

I. Wirtschaftsrechtliche Bedeutung

Zum Schutz der Arbeitnehmer erfolgt auf dem Arbeitsmarkt die Koordination durch Gesamtarbeitsverträge. Die individuelle Vertragsfreiheit hat sich als ungeeignet erwiesen, den Arbeitnehmern angemessene Arbeitsbedingungen zu gewähren. Das Obligationenrecht statuiert deshalb in Art. 357 Abs. 1 OR zum Schutz der Arbeitnehmer, dass die in Gesamtarbeitsverträgen vereinbarten Arbeitsbedingungen für die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer unmittelbare und normative Wirkung haben. Sofern die Vertragsparteien nichts anderes bestimmen, ist die Unabdingbarkeit zwingend¹. Gegen die normativen Bestimmungen der Gesamtarbeitsverträge verstossende Einzelabreden sind nichtig (Art. 357 Abs. 2 OR). Der Individualwille des einzelnen Arbeitnehmers, seine individuelle Vertragsfreiheit wird um seines Schutzes willen durch das Gesamtvereinbarungssystem eingeschränkt².

Die Konkurrenz zwischen gesamtarbeitsvertraglicher und einzelarbeitsvertraglicher Regelung des Arbeitsverhältnisses wird so grundsätzlich zugunsten des Vorrangs des Gesamtarbeitsvertrags entschieden. Die Unterwerfung des Einzelnen unter die Kollektivmacht ist aber gemäss der Schutzfunktion des Gesamtarbeitsvertrags nicht absolut. Bei der Kollision von Kollektivmacht und Individualwille geht der Einzelarbeitsvertrag dem Gesamtarbeitsvertrag dann vor, wenn sich seine Regelung für den Arbeitneh-

126 HERSCHEL, Der politische Schlichter 486.

127 Ebd. 487.

128 VISCHER 8; ähnlich JAEGER 30.

1 RICHARDI 366 erklärt dies damit, dass auch die Schutzfunktion des Tarifvertrags unter dem Vorrang des Kollektivwillens stehe. Voraussetzung für die Unabdingbarkeit sei, dass der Kollektivwille wirklich vorgehen wolle.

2 BÄNZIGER, Höchsttarbeitsbedingungen 41 If.; RICHARDI 366.

mer als günstiger erweist als die Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrags (Art. 357 Abs. 2 2. Hs. OR). Die Unabdingbarkeit ist nur zugunsten der Arbeitnehmer zwingend³.

Die Zulässigkeit einzelarbeitsvertraglicher, vom Gesamtarbeitsvertrag abweichender Abreden zugunsten der Arbeitnehmer ist der wichtigste Anwendungsfall des arbeitsrechtlichen Günstigkeitsprinzips. Dieses besagt im Sinne einer Auslegungsregel⁴, dass ein rangniedriger arbeitsrechtlicher Gestaltungsfaktor der ranghöheren Ordnung im Zweifel⁵ dann vorgeht, wenn er eine für den Arbeitnehmer günstigere Regelung enthält⁶.

Für das Verhältnis zwischen Gesamtarbeitsvertrag und Einzelarbeitsvertrag ist das Günstigkeitsprinzip jedoch mehr als nur eine Auslegungsregel. Es ist eine formelle Schranke der autonomen Kollektivmacht⁷. Die zwingende Wirkung des Günstigkeitsprinzips⁸ sorgt dafür, dass die Vertragsparteien nur Mindestarbeitsbedingungen schaffen können und dass den tarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern für die einzelvertragliche Regelung ein potentieller Spielraum individueller Vertragsfreiheit verbleibt⁹. So verstanden grenzt Art. 357 Abs. 2 2. Hs. OR die Tarifautonomie von der Privatautonomie ab – oder wirtschaftsrechtlich gesprochen: Das Günstigkeitsprinzip setzt auf dem Arbeitsmarkt dem Gesamtvereinbarungssystem zugunsten des Wettbewerbs eine obere Schranke.

II. *Günstigkeitsprinzip und individuelle Vertragsfreiheit*

Im früheren Schrifttum wurde das Günstigkeitsprinzip vielfach mit dem Leistungsprinzip begründet¹⁰. Für besondere Leistungen sollte die Möglichkeit entsprechender Entlohnung der Arbeitnehmer offenbleiben; sie sollen ihrer Leistung entsprechend entschädigt werden können¹¹.

Heute wird allgemein davon ausgegangen, dass das Günstigkeitsprinzip weitergehende Bedeutung hat¹². Höchstes Gut unserer freiheitlichen Rechtsordnung ist die Persönlichkeit des Individuums. In wirtschaftlichen

3 REHBINDER 170.

4 Vgl. den dogmengeschichtlichen Überblick bei RICHARDI 360ff.

5 D.h., wenn die höhere Ordnung nicht selbst eine absolut zwingende Regelung getroffen hat.

6 REHBINDER 30, 171; SCHWENGRUBER-BIGLER 59, 78; WIEDEMANN-STUMPF N 214 zu § 4 TVG, welche das Prinzip als unbestritten bezeichnen.

7 BÄNZIGER, Höchstarbeitsbedingungen 423; REHBINDER 172; HUECK-NIPPERDEY 572; NIKISCH 420; RICHARDI 365; WIEDEMANN-STUMPF N 215 zu § 4 TVG; WLOTZKE 22f.

8 Vgl. hinten III. A.

9 BÄNZIGER, Effektivklausel 48; RICHARDI 360, 372; WIEDEMANN-STUMPF N 215 zu § 4 TVG.

10 Z.B. HUECK/NIPPERDEY 572; NIKISCH 421.

11 BÄNZIGER, Höchstarbeitsbedingungen 420.

12 RICHARDI 369; WIEDEMANN-STUMPF N 217 zu § 4 TVG.

Belangen findet dies seinen rechtlichen Ausdruck unter anderem in der Privatautonomie (Assoziations- und Vertragsfreiheit). Die Privatautonomie hat sich jedoch als ungeeignet erwiesen, das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu regeln. Zum Schutz der Arbeitnehmer wurde deshalb auf dem Arbeitsmarkt die Privatautonomie der autonomen Kollektivmacht unterstellt. Begrenzt ist diese Unterordnung durch ihre Funktion, den Arbeitnehmer hinreichend zu schützen. Dazu genügt es, wenn die Kollektivmacht ein Mindestniveau der Arbeitsbedingungen gewährleistet¹³. Darüber hinaus kann wieder die Privatautonomie zum Zug kommen. Umgekehrt hat die Privatautonomie jedoch immer dann hinter die Kollektivmacht zurückzutreten, wenn es der Schutz der Arbeitnehmer erfordert.

Daraus ergeben sich verschiedene Folgerungen:

a) Das Günstigkeitsprinzip bietet dem Arbeitnehmer allgemein die Chance, bessere Arbeitsbedingungen als im Gesamtarbeitsvertrag vereinbart zu erreichen. Die Motive, die der Vereinbarung übertariflicher Arbeitsbedingungen zugrunde liegen, spielen keine Rolle¹⁴. Der Leistungsgedanke ist nur das wichtigste Beispiel solcher Motive¹⁵. Das Günstigkeitsprinzip ermöglicht den Arbeitgebern auch die Verwirklichung sozialer Belange durch Rücksichtnahme auf die individuelle Situation der einzelnen Arbeitnehmer¹⁶.

Neben diese sozial beachtenswerten Beweggründe tritt aber auch die Möglichkeit zur Wahrung der arbeitsmarktlichen Wettbewerbschance, und zwar für Arbeitgeber wie Arbeitnehmer. Für den Arbeitnehmer heisst das beispielsweise Ausnützung einer Arbeitskräfteverknappung auf dem Arbeitsmarkt, Ausnützung einer dringenden Arbeitskräftenachfrage eines Arbeitgebers; für den Arbeitgeber ist es zum Beispiel die Chance, besonders gute Arbeitskräfte für sich zu gewinnen¹⁷. Sowohl Arbeitgebern wie Arbeitnehmern steht die Wettbewerbschance zu. Sie ist wertneutral; ob die Parteien des Einzelarbeitsvertrags sie nützen können oder wollen und welche Gründe dem zugrunde liegen, ist ohne Belang.

13 Sehr pointiert RICHARDI 336f.: «Durch die zwingende Anerkennung des Günstigkeitsprinzips soll verhindert werden, dass die Tarifvertragsparteien den mit dem Rechtsinstitut des Tarifvertrags verbundenen Schutzgedanken geradezu in sein Gegenteil verkehren können».

14 WIEDEMANN/STUMPF N 217 zu § 4 TVG.

15 ARREGGER 40; BÄNZIGER, Höchsttarbeitsbedingungen 420; SCHMIDT 15; RICHARDI 372; WIEDEMANN/STUMPF N 217 zu § 4 TVG.

Das Leistungsprinzip wird im übertariflichen Bereich nicht zuletzt deshalb immer weiter zurückgedrängt, als den kollektiv vereinbarten Löhnen oft objektive Leistungslohnsysteme zugrunde liegen, ARREGGER 39; BÄNZIGER, Höchsttarbeitsbedingungen 420. Es ist sogar möglich, dass der GAV selbst eine Lohnregelung nach dem Leistungsprinzip vorsieht, vgl. dazu BÄNZIGER, Höchsttarbeitsbedingungen 420f.; NIKISCH 440; RICHARDI 371.

16 Vgl. dazu WIEDEMANN/STUMPF N 213 zu § 4 TVG.

17 BÄNZIGER, Höchsttarbeitsbedingungen 418.

b) Umgekehrt folgt aus dem Günstigkeitsprinzip keine Verpflichtung des tarifgebundenen Arbeitgebers, übertarifliche Arbeitsbedingungen zu gewähren¹⁸. Individuelle Vertragsfreiheit heisst für den übertariflichen Bereich auch Abschlussfreiheit in dem Sinne, dass es den Vertragsparteien freisteht, überhaupt übertarifliche Arbeitsbedingungen zu begründen.

c) Daraus ergibt sich sogleich ein weiterer, unumstrittener Grundsatz. Es steht den Gesamtarbeitsvertragsparteien jederzeit frei, die vereinbarten Mindestarbeitsbedingungen in den übertariflichen Bereich hinein anzuheben. Die übertarifliche Vertragsfreiheit erfüllt keine Schutzfunktion. Es ist deshalb der Kollektivmacht vorbehalten, den Schutz der Arbeitnehmer zu gewährleisten. Die Schutzfunktion geht der übertariflichen Vertragsfreiheit vor¹⁹.

d) Hingegen herrscht in Deutschland ein Meinungsstreit darüber, ob den Gesamtarbeitsvertragsparteien neben der Setzung von Mindestarbeitsbedingungen zusätzlich der Eingriff in den tariffreien Raum gestattet sei oder nicht. Die Anhänger der Lehre vom tariffreien Raum gehen davon aus, dass der übertarifliche Bereich von den Vertragsparteien absolut respektiert werden müsse²⁰. Die Gegner²¹ wenden zur Hauptsache ein, die bestehenden Gesamtarbeitsverträge würden vielfach indirekt auf den Effektivlohn als Bezugsgrösse zurückgreifen oder für den Effektivlohn eine Modalität enthalten²².

Diese unverdächtigen Eingriffe in den übertariflichen Raum müssten erlaubt sein, ansonsten die Rechtsgültigkeit zahlreicher anderer Gesamtarbeitsvertragsnormen in Frage gestellt sei²³. Es gehe nicht um das «Ob», sondern um das «Wie» des Eingriffs²⁴. Einigkeit herrscht hingegen wieder darüber, dass umgekehrt nicht jeder Eingriff in den übertariflichen

18 H.L.: Vgl. ARREGGER 43f.; BÄNZIGER, Effektivklausel 48; HUECK, NIPPERDEY 580; NIKISCH 439; RICHARDI 372.

19 Treffend BÄNZIGER, Effektivklausel 48: «Der bisherige übertarifliche Raum ist keineswegs vor dem kollektiven Zugriff gefeit: seine untere Grenze kann von den Tarifpartnern jederzeit verändert werden. Es ist nicht die Vertragsfreiheit im übertariflichen Raum, welche den tariflichen Arbeitsbedingungen eine obere Grenze setzt, sondern umgekehrt: Es ist der Gesamtarbeitsvertrag, welcher die untere Grenze des übertariflichen Raumes festlegt».

20 So u.a. WLOTZKE 62f.; NIKISCH 455 (unter Berufung auf ROLF DIETZ, Freiheit und Bindung im kollektiven Arbeitsrecht, in: Schriften der Gesellschaft für sozialen Fortschritt e.V., Bd. 6, Berlin 1957, 13ff., insb. 21). Neben die Begründung durch das Günstigkeitsprinzip beruft sich diese Lehre auch auf das Leistungs-, Subsidiaritäts- und das Kollektivprinzip, vgl. dazu BÄNZIGER, Effektivklausel 49 mit weiteren Nachweisen.

21 U.a. RICHARDI 406ff.; STAHLHACKE 226ff.; STRENG 81, 114f.; WIEDEMANN/STUMPF N 215 zu § 4 TVG.

22 Dazu ausführlich BÄNZIGER, Effektivklausel 26; RICHARDI 407f.

23 RICHARDI 408; STAHLHACKE 227f.

24 BÄNZIGER, Effektivklausel 51.

Raum zulässig ist – der verbotene Eingriff in den übertariflichen Raum ist einer jener Gründe²⁵, die die Unzulässigkeit von Effektivklauseln auch für die Schweiz gesichert erscheinen lassen²⁶.

III. Geltungsbereich des Günstigkeitsprinzips

A. Zwingende Wirkung

Das Günstigkeitsprinzip hat zwingende Wirkung; es kann von den Gesamtarbeitsvertragsparteien nicht ausgeschlossen werden²⁷. Gesamtarbeitsverträge setzen somit immer nur Mindestarbeitsbedingungen. Die Vereinbarung von Höchstarbeitsbedingungen ist ausgeschlossen. Begründet wird die zwingende Wirkung des Günstigkeitsprinzips mit der Entstehungsgeschichte von Art. 357 Abs. 2 OR²⁸ sowie mit dem Zweck dieser Bestimmung. Dabei wird allenthalben auf die Schutzfunktion zurückgegriffen²⁹. In der Tat hat die individuelle Vertragsfreiheit nur zum Schutz der Arbeitnehmer hinter das Gesamtvereinbarungssystem zurückzutreten. Ist der Schutzzweck erfüllt, hat die Kollektivmacht ihre Schuldigkeit getan und muss dem Individualwillen weichen.

Die zwingende Wirkung des Günstigkeitsprinzips wird von SCHWEINGRUBER in Zweifel gezogen³⁰. Es sei eine wichtige Aufgabe der Gesamtarbeitsverträge, in einem Beruf für Ordnung zu sorgen. Die Hochkonjunktur habe gezeigt, dass es im Interesse des Arbeitsfriedens und der beruflichen Ordnung sozialpolitisch und wirtschaftspolitisch sinnvoll sein könne, in Gesamtarbeitsverträgen Höchstarbeitsbedingungen zu vereinbaren.

Diese Ansicht ist auf einhellige Ablehnung gestossen³¹. Dabei erkannte man allgemein, dass die Folgerungen SCHWEINGRUBERS auf einer Überbewertung der Ordnungsfunktion der Gesamtarbeitsverträge beruhen³². Das Günstigkeitsprinzip erklärt sich eben daraus, dass der Schutz-

25 Für weitere gegen die Zulässigkeit von Effektivklauseln sprechende Argumente vgl. ausführlich BÄNZIGER, Effektivklausel 54ff.

26 ARREGGER 73; BÄNZIGER, Effektivklausel 34, 54; REHBINDER 172; SCHMIDT 59; TRÖSTER 55.

27 ARREGGER 109; BÄNZIGER, Höchstarbeitsbedingungen 413ff.; *ders.*, Effektivklausel 15; MATHYS 23; REHBINDER 171; SCHMIDT 29ff.; SCHWEINGRUBER/BIGLER 99.

Für Deutschland u.a. BIEDENKOPF, Tarifautonomie 75; HUECK/NIPPERDEY 573; NIKISCH 420f.; RICHARDI 365ff.; WIEDEMANN/STUMPF N 215 zu § 4 TVG.

28 Vgl. dazu ARREGGER 104ff.; BÄNZIGER, Höchstarbeitsbedingungen 416ff.; SCHMIDT 29f.

29 ARREGGER 106ff.; BÄNZIGER, Höchstarbeitsbedingungen 423.

30 SCHWEINGRUBER/BIGLER 59ff.

31 BÄNZIGER, Höchstarbeitsbedingungen 424; SCHMIDT 30f.; TRÖSTER 48. ARREGGER 109ff. betrachtet die Ansicht als Vorschlag de lege ferenda.

32 Neben die rechtlichen Einwände stellt BÄNZIGER, Höchstarbeitsbedingungen 418f. das Argument, in der Praxis bestünde entgegen den Ausführungen SCHWEINGRUBERS gar kein Bedürfnis nach Höchstarbeitsbedingungen.

funktion des Gesamtarbeitsvertrags der Vorrang vor der Ordnungsfunktion gebührt. Es ist die Schutzfunktion, welche die individuelle Vertragsfreiheit hinter die Kollektivmacht zurücktreten lässt; die Ordnungsfunktion ist lediglich der Erfüllung des Schutzzwecks zugeordnet³³.

Hingegen weist SCHWEINGRUBER zu Recht darauf hin, dass eine Gesamtarbeitsvertragsbestimmung unter Umständen als unabänderlich aufgefasst werden muss³⁴. Damit ist aber nicht das Problem der zwingenden Wirkung des Günstigkeitsprinzips angeschnitten. Es liegt selbstverständlich im Wesen des Günstigkeitsprinzips, dass es nur dort Anwendung finden kann, wo überhaupt eine für den Arbeitnehmer günstigere Regelung möglich ist³⁵. Wann dies der Fall ist, ist für die Schweiz nicht restlos geklärt. Jedenfalls wird angenommen, dass das Hauptanwendungsgebiet des Günstigkeitsprinzips bei den positiven Inhalts- und Beendigungsnormen liegt³⁶; nur dort könne oder dürfe die Frage nach der günstigeren Vereinbarung gestellt werden³⁷.

B. Unzulässigkeit jeglicher Vereinbarung gesamtarbeitsvertraglicher Höchsttarbeitsbedingungen

Das Günstigkeitsprinzip verbietet nicht nur die Vereinbarung gesamtarbeitsvertraglicher Höchsttarbeitsbedingungen durch normative Bestimmungen. Es schliesst deren gesamtarbeitsvertragliche Vereinbarung zwingend auch für (indirekt-)schuldrechtliche Bestimmungen aus³⁸. Die gegenteilige Auffassung³⁹ verkennt den Charakter des Günstigkeitsprinzips als Schranke der Kollektivmacht. Angesichts der Privilegierung der Vertragsparteien⁴⁰ können wenigstens die indirekt-schuldrechtlichen Bestimmungen⁴¹ nicht als gewöhnliche obligatorische Vertragsabreden betrachtet wer-

33 BIEDENKOPF, Gutachten 113. Vgl. dazu vorn § 3 III. B. 4.

34 SCHWEINGRUBER/BIGLER 59. Er verweist dabei auf Kündigungsfristen und die sog. negativen Inhaltsnormen, ebd. 60.

35 BÄNZIGER, Höchsttarbeitsbedingungen 419; WIEDEMANN/StUMPF Einl. N 220.

36 ARREGGER 95ff.; SCHMIDT 35ff. Zu den Erscheinungsformen normativer Bestimmungen allgemein vgl. REHBINDER 167ff. Zum Problem aus deutscher Sicht vgl. WIEDEMANN/StUMPF N 237ff. zu § 4 TVG.

37 Zu den Methoden des Günstigkeitsvergleichs siehe ARREGGER 81ff.; REHBINDER 171; RICHARDI 377ff.; SCHMIDT 62ff.; WIEDEMANN/StUMPF N 237ff. zu § 4 TVG.

38 BÄNZIGER, Höchsttarbeitsbedingungen 424; *ders.*, Effektivklausel 137ff.; SCHMIDT 32f. Der Grundsatz ist in der deutschen Lehre unumstritten, so BÄNZIGER, Effektivklausel 138 FN 4 mit ausführlichem Nachweis. Vgl. auch vorn § 5 II. B. 1.

39 ARREGGER 122ff.; SCHWEINGRUBER/BIGLER 60, jedoch ohne Begründung.

40 Kartellierung und Arbeitskampffreiheit.

41 Sie greifen in die Arbeitsverhältnisse der Regelungsunterworfenen ein, vgl. ausführlich vorn § 5 II. B. 1.

den. Die gegenüber normativen Vereinbarungen eingeschränkte Wirkung ist lediglich von zweitrangiger Bedeutung; in erster Linie geht es um eine grundsätzliche Beschränkung der Kollektivmacht dann, wenn diese mit ihrer Regelungsbefugnis in das Arbeitsverhältnis der Tarifunterworfenen eingreift⁴². Für das Günstigkeitsprinzip als Schranke der Tarifautonomie ist es unerheblich, ob ein unzulässiger Eingriff in den übertariflichen Raum durch normative oder «nur» durch indirekt-schuldrechtliche Bestimmungen erfolgt.

C. *Wettbewerbsbeschränkungen im übertariflichen Raum*

Die Frage der Auswirkung des Günstigkeitsprinzips auf die Verbandsmacht ist umstritten. In Deutschland ist eine Mehrheit der Lehre der Ansicht, Verbandsbeschlüsse – insbesondere solche der Arbeitgeberseite –, durch die die Mitglieder unter rechtlichem Zwang angehalten werden, die vereinbarten Gesamtarbeitsvertragsbedingungen nicht zu überschreiten, seien unzulässig⁴³. Zur Begründung sei hier stellvertretend auf NIPPERDEY⁴⁴ zurückgegriffen: Es sei mit der loyalen Durchführung des Tarifvertrags nicht vereinbar, wenn der Verband seine Mitglieder durch Zwang dazu anhalten könne, keine höheren Löhne als die vereinbarten zu bezahlen. Das Günstigkeitsprinzip könne verbandsintern nicht anders geregelt werden als verbandsextern; es müsse das Prinzip der Homogenität von Verbandsexternum mit Verbandsinternum herrschen. Zwar bestehe keine Pflicht zur Vereinbarung übertariflicher Arbeitsbedingungen, die Möglichkeit dürfe aber nicht unter Zwang unterbunden werden. Differenzierter ist die Ansicht von NIKISCH⁴⁵. Er meint zwar grundsätzlich auch, entsprechende Anweisungen eines Arbeitgeberverbands seien unzulässig. Ziele ein Beschluss jedoch nur darauf ab, die Zahlung übertariflicher Löhne in vernünftigen Grenzen zu halten oder untersage er ganz allgemein und ohne Rücksicht auf die Leistung die Zahlung übertariflicher Löhne, sei er nicht zu beanstanden. Hingegen wird mit NIKISCH⁴⁶ allgemein angenommen, in die gleiche Richtung zielende blosse Empfehlungen seien zulässig. Diesen Argumentationen haben sich für die Schweiz SCHMIDT⁴⁷ und TRÖSTER⁴⁸ angeschlossen.

42 BÄNZIGER, Effektivklausel 140f. unter Berufung auf RICHARDI 197ff.

43 U.a. BIEDENKOPF, Tarifautonomie 76; HUECK/NIPPERDEY 575; weitere Nachweise bei WIEDEMANN/STUMPF N 220 zu § 4 TVG.

44 HUECK/NIPPERDEY 575.

45 NIKISCH 422.

46 Ebd. 422.

47 SCHMIDT 33f.

48 TRÖSTER 49.

Ausser Zweifel steht, dass ein Verbandsbeschluss, der die Mitglieder anweist, untertarifliche Löhne zu zahlen, gegen die gesamtarbeitsvertragliche Friedens- und Durchführungspflicht verstösst⁴⁹. Entgegen der überwiegenden deutschen Lehre ist jedoch davon auszugehen, dass das Günstigkeitsprinzip übertariflich weder die Vertragsfreiheit der einzelnen Arbeitgeber und Arbeitnehmer noch die Verbandsmacht der Koalitionen einschränkt⁵⁰. Das Günstigkeitsprinzip verbietet nicht jede Rechtsbindung, welche die Chance günstigerer Einzelabreden beeinträchtigt, sondern beschränkt lediglich die Gestaltungsbefugnis der Vertragsparteien; ist insofern also *nur* eine Grenze der Tarifautonomie⁵¹. Übertariflich herrscht Vertragsfreiheit. Die Arbeitgeber sind frei, ob sie übertarifliche Arbeitsbedingungen gewähren wollen oder nicht und wie weit sie bei solcher Gewährung gehen wollen. Sie sind auch frei, sich ihrer übertariflichen Vertragsfreiheit durch entsprechende Kartellabsprachen untereinander zu begeben⁵². Wenn WIEDEMANN/STUMPF⁵³ davon sprechen, das Tarifvertragsgesetz sei kein Gesetz gegen übertarifliche Wettbewerbsbeschränkungen auf dem Arbeitsmarkt, so gilt diese Aussage analog auch für die kollektiv-arbeitsrechtlichen Normen unseres Obligationenrechts.

Zu Recht betont RICHARDI zudem, dass eine Koalition «nicht nur Tarifverband, sondern auch Kampfverband» sei⁵⁴. Übertarifliche Arbeitsbedingungen präjudizieren künftige Vertragsverhandlungen und sind nicht durch Arbeitskämpfe herabsetzbar. Mit den Prinzipien der Kampffreiheit und Kampfparität ist es deshalb nicht vereinbar, die Verbandsmacht der Koalitionen übertariflich zu beeinträchtigen.

Wer die Verbandsmacht der Arbeitgeber übertariflich einschränken will, vergisst, dass der Arbeitnehmer auch im übertariflichen Raum dem Arbeitgeber nicht allein gegenübersteht, sondern immer noch das Kollektiv im Rücken hat. Es ist nicht zu bezweifeln, dass die Arbeitnehmerseite sofort auf den Plan tritt, wenn sie glaubt, die vereinbarten Mindestarbeitsbedingungen seien nicht mehr genügend und die übertarifliche individuelle Vertragsfreiheit gewähre keinen angemessenen Ausgleich.

49 HUECK/NIPPERDEY 575; RICHARDI 374.

50 RICHARDI 374f.; WIEDEMANN/STUMPF N 220f. zu § 4 TVG mit weiteren Nachweisen. Für die Schweiz ARREGGER 111ff., 130ff., wobei hier insofern Vorsicht geboten ist, als er die schuldrechtliche Vereinbarung von Höchstarbeitsbedingungen für zulässig hält. Wenn dem nichts entgegensteht, muss dies ebenso für Verbandsbeschlüsse gelten. Er weist denn auch verschiedentlich auf diesen Aspekt hin, ebd. 115, 121.

51 WIEDEMANN/STUMPF N 221 zu § 4 TVG.

52 Soweit sie damit nicht gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB verstossen, was praktisch wohl nie der Fall sein wird.

53 WIEDEMANN/STUMPF N 221 zu § 4 TVG.

54 RICHARDI 375.

Aus diesen Gründen ergibt sich, dass das Günstigkeitsprinzip lediglich Schranke der Tarifautonomie ist und nicht in die Verbandsmacht eingreift. Wenn das Günstigkeitsprinzip somit rechtlich verbindlichen Höchstnormenbeschlüssen nicht entgegensteht, gilt für weniger weit gehende Beschränkungen selbstverständlich das gleiche. Deshalb erweisen sich auch blossе Empfehlungen eines Arbeitgeberverbands zur Einhaltung der vereinbarten Mindestarbeitsbedingungen und die Abstimmung mehrerer Einzelverträge aufeinander durch Allgemeine Arbeitsbedingungen⁵⁵ als mit dem Günstigkeitsprinzip vereinbar.

Damit ist lediglich festgestellt, dass das kollektive Arbeitsrecht übertariflichen Wettbewerbsbeschränkungen nicht entgegensteht. Höchstens der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz mag die individuelle Vertragsfreiheit des Arbeitgebers zusätzlich beschränken⁵⁶. Wie stellt sich die übrige Rechtsordnung dazu? Das Kartellgesetz als Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen schliesst von seinem Geltungsbereich generell Verträge, Beschlüsse und Vorkehren aus, soweit sie das Arbeitsverhältnis betreffen⁵⁷. Obwohl man sich bei Einführung dieser Bestimmung nicht vom Gedanken an den übertariflichen Wettbewerb auf dem Arbeitsmarkt leiten liess, besteht nach dem Wortlaut der Bestimmung kein Zweifel, dass das Kartellgesetz auch im übertariflichen Raum nicht auf arbeitsmarktliche Wettbewerbsbeschränkungen anwendbar ist. Das ist sachlich gerechtfertigt. Das Kartellgesetz bezweckt, auf den Gütermärkten den Wettbewerb als Koordinationssystem zu institutionalisieren und zugleich die wirtschaftliche Persönlichkeit der einzelnen Wettbewerber zu schützen. Der Arbeitsmarkt wird durch Gesamtvereinbarungen koordiniert, welche gerade mit der Schutzfunktion für die schwächere Arbeitnehmerseite gerechtfertigt werden. Im Gegensatz zum gütermarktlichen Wettbewerb ist der übertarifliche arbeitsmarktliche lediglich sekundärer Natur und der Schutz der Wettbewerber bereits anderweitig gewährleistet. Deshalb ist auch vom allgemeinen Zivilrecht⁵⁸ nichts zu erwarten. Dieses Instrumentarium kann unter dem Stichwort «Persönlichkeitsschutz» zusammengefasst werden. Da das Gesamtvereinbarungssystem und die zwingenden arbeitsrechtlichen Normen den Persönlichkeitsschutz der Arbeitnehmer bereits garantieren, können diese durch übertarifliche Wettbewerbsbeschränkungen in ihrer Persönlichkeit nicht mehr beeinträchtigt werden.

55 WIEDEMANN/StUMPF Einl. N 222.

56 Zum arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz vgl. REHBINDER 73; ausführlich bezüglich der Lohnfestsetzung DANIEL MEYER, Der Gleichbehandlungsgrundsatz im schweizerischen Arbeitsrecht, Bern 1976, 262ff.

57 Art. 1 Satz 2 KG.

58 Art. 27/28 ZGB, Art. 19/20 und 41ff. OR.

I. Grundsatz und Problematik

Das Kartellgesetz ist nicht anwendbar auf Verträge, Beschlüsse und Vorkehren, soweit sie ausschliesslich das Arbeitsverhältnis betreffen (Art. 1 Satz 2 KG). Über die grundsätzliche Bedeutung dieser Bestimmung ist man sich einig: Der Arbeitsmarkt ist vom Geltungsbereich des Kartellgesetzes ausgenommen¹. Dass sich im einzelnen schwierige Abgrenzungsfragen ergeben, liegt an der Doppelstellung der Arbeitgeber. Sie sind zugleich Arbeitgeber und Unternehmer, weshalb Wettbewerbsbeschränkungen jeglicher Art sie subjektiv immer auch als Teilnehmer am gütermarktlichen Wettbewerb treffen. Die Abgrenzungsschwierigkeiten werden zudem durch eine Komplikation rechtlicher Art gesteigert: Wann betrifft eine Wettbewerbsbeschränkung *ausschliesslich* das Arbeitsverhältnis?

Unter der Aegide des Kartellgesetzes sind keine Gerichtsentscheide zur Abgrenzung von Gütermarkt und Arbeitsmarkt ergangen. Die fallbezogene Auslegung von Art. 1 Satz 2 KG hat sich deshalb vor allem auf höchst-richterliche Entscheide zu stützen, die vor Erlass des Kartellgesetzes gefällt wurden. Nützlich sind auch Gesamtarbeitsverträge auswertende, rechts-tatsächliche Untersuchungen².

Besonderen Stellenwert bekommt der Blick über den Atlantik. Der amerikanische Supreme Court hat sich verschiedentlich mit ausgesprochenen «Kollusionstatbeständen»³ befasst⁴, welche auch für die schweizerischen Verhältnisse einigen Erkenntniswert haben. Denn die Rechtslage in den USA ist durchaus mit derjenigen in der Schweiz vergleichbar. Die berühmte Formel⁵ im Clayton Act von 1914, welche die sog. «labor exemption» begründete, entspricht materiell unserem Art. 1 Satz 2 KG. Neben die «statutory exemption», welche der Norris-La Guardia Act⁶ zusammen mit dem Clayton Act formulierte und durch welche die traditionellen Kampf-mittel der Gewerkschaften der Antitrustgesetzgebung entzogen wurden⁷,

1 BBl. 1961 II 571; SCHÜRMANN, Kommentar 22. Zur Begründung der Ausnahme vgl. vorn § 4 II. A.

2 Pbk 103ff. und insb. KAUFMANN 128ff., 169ff.

3 NOBEL 54.

4 Vgl. dazu näher NOBEL 62ff.; SULLIVAN 723ff.

5 Section 6: «The labor of a human being is not a commodity or article of commerce...», 15 U.S.C.A. § 17 (1973).

6 29 U.S.C.A. §§ 101, §§ 113 (1973).

7 Vgl. SULLIVAN 723: «Read together, the two statutes thus grant antitrust exemption to a broad range of conduct of the kind traditionally engaged in by unions».

traten weitere «non statutory exemptions», «bei denen die Gerichte in Abwägung des Verhältnisses zwischen geförderter Gruppenkoordination durch GAV und Wettbewerbszielsetzung zusätzliche Ausnahmen (...) schufen»⁸.

II. *Die Beurteilung von Kollusionstatbeständen*

A. *Arbeitsmarktliche Zielsetzung als Ansatzpunkt*

Zweck der Ausnahmebestimmung ist es, den Arbeitsmarkt dem Griff des Kartellgesetzes zu entziehen, da dieses ein Gesetz gegen gütermarktliche Wettbewerbsbeschränkungen ist, der Arbeitsmarkt jedoch durch Gesamtvereinbarungen koordiniert wird. Die Funktionsfähigkeit des Gesamtvereinbarungssystems beruht auf Wettbewerbsbeschränkungen⁹. Jedoch unabhängig, ob «aliud»¹⁰ oder Ausnahme¹¹ zum Wettbewerbssystem: das Gesamtvereinbarungssystem ist auf den Arbeitsmarkt beschränkt. Das meint das Kartellgesetz, wenn es von Beschränkungen spricht, die das Arbeitsverhältnis betreffen.

Zu beachten ist, dass der Arbeitsmarkt dem Geltungsbereich des Kartellgesetzes nicht nur bezüglich der Gesamtarbeitsverträge, sondern umfassend in bezug auf «Verträge, Beschlüsse und Vorkehren»¹² entzogen ist. Der grundsätzlichen Ausnahmestellung entsprechend wird folgerichtig jede Wettbewerbsbeschränkung auf dem Arbeitsmarkt privilegiert. Der Gesamtarbeitsvertrag ist nur eine – wenn auch die wichtigste – der Vereinbarungsmöglichkeiten von Wettbewerbsbeschränkungen, weshalb die folgenden Ausführungen nicht auf ihn allein beschränkt sind. Genau genommen ist das Problem somit nur insoweit ein Problem der Grenzen der Tarifautonomie, als Gesamtarbeitsvertragsbestimmungen zur Diskussion stehen. Immerhin steht bei den meisten konkreten Massnahmen eine gesamtarbeitsvertragliche Verpflichtung im Hintergrund.

MATHYS¹³ hat nachgewiesen, dass bei der Subsumierung eines Sachverhalts unter das kollektive Arbeitsrecht oder unter das Kartellgesetz

8 NOBEL 62.

9 RICHARDI 179 geht sogar soweit, das TVG als Gesetz zur Regelung von Wettbewerbsbeschränkungen zu bezeichnen.

10 So SCHLUEP, ZBJV 115 (1979) 79 FN 11.

11 So der Hinweis von NOBEL 63 auf die amerikanische Terminologie. M.E. ist der Unterschied für die rechtliche Beurteilung nicht relevant. In einer auf dem Wettbewerbssystem beruhenden Wirtschaft erscheint die Koordination eines Teilmarktes durch Gesamtvereinbarungen als Ausnahme, hingegen ist das Koordinationssystem der Gesamtvereinbarungen gegenüber dem Wettbewerb ein «aliud».

12 Art. 1 Satz 2 KG.

13 MATHYS 43ff.

vom verfolgten Zweck, «der kartellrechtlich relevanten Absicht»¹⁴ auszugehen ist. Weder die eingesetzten Mittel noch der bewirkte Erfolg lassen eine Kategorisierung zu. Als Zweck sei dabei die auf einen bestimmten Marktbereich gerichtete Absicht des Urhebers einer Massnahme zu verstehen¹⁵. Für die tatsächliche Ermittlung dieser Absicht sei nicht von den Aussagen der Beteiligten, sondern von einer objektivierenden Methode im Sinne des Vertrauensprinzips auszugehen.

Am Beispiel der Arbeitersperre zeigt sich, dass es in der Tat nur auf die Zielsetzung, die dahinterstehende Absicht einer Massnahme ankommen kann. Art. 4 Abs. 1 KG erwähnt die Sperre von Arbeitskräften als eine jener wettbewerbsbeschränkenden Vorkehren, die (unter Vorbehalt der Ausnahmen des Art. 5 KG) unzulässig sind. Das ist soweit richtig, als Unternehmer versuchen, mit Hilfe der Gewerkschaften Aussenseiter aus dem Gütermarkt zu verdrängen oder sie zur Einhaltung einer Kartellabrede (z.B. einer Preisbindung) zu zwingen. Hier wird der Boykottierte in seiner Eigenschaft als Teilnehmer des gütermarktlichen Wettbewerbs, also als Unternehmer getroffen¹⁶.

Sperrt jedoch eine Gewerkschaft einem Arbeitgeber die Anstellung ihrer organisierten Arbeitnehmer «wegen notorisch schlechter Behandlung und Ausbeutung des Personals»¹⁷, zielt sie auf einen Erfolg auf dem Arbeitsmarkt und trifft den Arbeitgeber in dieser Eigenschaft und nicht als Unternehmer. In diesem Fall beurteilt sich die Zulässigkeit der Massnahme nicht nach dem Kartellgesetz¹⁸. Als Mittel ist die Arbeitersperre immer eine Massnahme des Arbeitsmarkts; der Erfolg ist für den Betroffenen immer eine Schwächung seiner Stellung als Unternehmer: beides kommt als Anknüpfung nicht in Frage.

Im Anwendungsfall ist es nicht immer leicht, die massgebende Absicht zu lokalisieren. Eng aufgefasst mag eine Massnahme die Verdrängung eines Unternehmers aus dem Gütermarkt bezwecken; weit aufgefasst erweist sich dieser Zweck nur als mittelbarer und dahinter steht ein arbeitsmarktliches Ziel¹⁹. Wiederum am Beispiel der Arbeitersperre: Die Gewerkschaft erreicht zwar eine Schwächung des Unternehmers auf dem Güter-

14 Ebd. 45.

15 Dasselbe meint wohl die amerikanische Lehre, wenn sie davon ausgeht, dass Gewerkschaften dann von den Wettbewerbsgesetzen ausgenommen sind, wenn sie ihre eigenen Ziele verfolgen, so NOBEL 63.

16 Die Abrede ist meistens zweiseitig und erfolgt in Form von Exklusivverträgen: Die Arbeitnehmerseite erkauft sich durch ihre im Interesse der Arbeitgeber liegende Arbeitersperre ihrerseits deren Verpflichtung, nur organisierte Arbeitnehmer zu beschäftigen, vgl. Pbk 104f.

17 Vgl. BGE 69 II 80ff., insb. 87ff.

18 Ebenso SCHÜRMANN, Kommentar 75.

19 MATHYS 50.

markt, zielt damit aber letztlich auf eine Besserstellung der bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer. Diese Schwierigkeit lässt sich jedoch überwinden: Die Grenzfälle zielen immer darauf, ein bestimmtes Verhalten des Betroffenen zu erwirken²⁰. Wenn der Betroffene sein Verhalten entsprechend ändert, hat die Massnahme ihren Zweck erfüllt und wird hinfällig. Eine arbeitsmarktliche Zielsetzung hat eine Massnahme deshalb dann, wenn sie den Betroffenen zu einer Änderung seines Verhaltens in seiner Eigenschaft als Arbeitgeber anhalten will. Wird er in seiner Unternehmerfunktion betroffen, ist die Zielsetzung eine gütermarktliche. Damit fallen für die Beurteilung Nebenzwecke ausser Betracht, selbst wenn sie nicht unerwünscht erscheinen^{21, 22}.

B. *Ausschliesslichkeit als unzulängliches Kriterium*

Nach dem Wortlaut von Art. 1 Satz 2 KG sollen Wettbewerbsbeschränkungen nur dann vom Geltungsbereich des Kartellgesetzes ausgenommen sein, wenn sie *ausschliesslich* das Arbeitsverhältnis betreffen. Die Materialien enthalten keinen Hinweis auf die Bedeutung dieser Einschränkung²³. SCHÜRMANN²⁴ ist der Ansicht, die Auslegung habe sich in concreto an diesem Wörtchen zu orientieren. MERZ sieht darin einen Hinweis auf

- 20 Sind also immer sog. Massregelungsboykotte. Ein Verdrängungsboykott, der den Betroffenen in seiner Eigenschaft als Arbeitgeber ausschalten soll, kommt – vernunftgemässes Handeln der Boykottierenden vorausgesetzt – gar nicht vor. Die Arbeitnehmerseite kann kein unmittelbares Interesse daran haben, den Boykottierten als Unternehmer zu vernichten und die Arbeitgeberseite wird ihn mit einem Verdrängungsboykott immer in seiner Eigenschaft als Unternehmer treffen wollen.
- 21 Ebenso MATHYS 54. So zielt die Vereinbarung einer closed-shop-Klausel darauf, die Aussenseiter in ihrer Eigenschaft als Arbeitgeber zum Beitritt in die Arbeitgeberorganisation zu bewegen. Zudem hat sie aber um ihrer selbst willen den für die Arbeitgeberorganisation sicher nicht unerwünschten Nebeneffekt, den Aussenseiter auch am Gütermarkt empfindlich zu treffen.
- 22 MATHYS 42ff. kommt insgesamt zum gleichen Ergebnis. Hingegen ist er bei der Anwendung des Ergebnisses auf seine Fallbeispiele nicht immer konsequent, und zwar augenscheinlich aus zwei Gründen. Erstens scheut er einen zu grossen Ausnahmebereich – eine Angst, die unnötig ist, da die Unterstellung unter die Normen des kollektiven Arbeitsrechts keine Privilegierung bedeutet, vgl. dazu hinten III. Zweitens unterscheidet er nicht immer klar genug zwischen Subsumtion eines Sachverhaltes und Rechtsfolge. Ihm unzulässig scheinende arbeitsrechtliche Sachverhalte will er dem KG unterstellen. Zwischen Subsumtion und Rechtsfolge ist aber streng zu unterscheiden. Die Annahme einer arbeitsmarktlichen Ausnahme im Sinn von Art. 1 Satz 2 KG sagt nichts über die Zulässigkeit der Massnahme aus. Sie bedeutet nur, dass sich die Zulässigkeit nach dem kollektiven Arbeitsrecht bestimmt.
- 23 Die Botschaft des BR zum geltenden KG führte lediglich aus, dass Wettbewerbsbeschränkungen der Arbeitnehmerseite dem Gesetz dann unterlägen, soweit sie Auswirkungen auf die Gütermärkte vorsehen würden. Als Bsp. wurde die Sperre von Arbeitskräften gegenüber einer Unternehmung erwähnt, die *Kartellpreise* nicht einhält, BBl. 1961 II 571. Am Bsp. lässt sich erkennen, dass der BR damit nicht gemeint hat, *jede* gütermarktliche Auswirkung unterliege dem KG.
- 24 SCHÜRMANN, Kommentar 23 unter Hinweis auf die gl.M. der Expertenkommission zum geltenden KG in ihrem Protokoll Nr. IV vom Oktober 1958.

eine einschränkende Auslegung. Sobald der Gütermarkt oder der Markt für Dienstleistungen irgendwie einbezogen sei, gelte das Kartellgesetz²⁵.

Nimmt man Art. 1 Satz 2 KG beim Wort, erweist sich jede gegen einen Arbeitgeber gerichtete Massnahme als unzulässig. Denn der einzelne Arbeitgeber ist immer Teilnehmer am Arbeitsmarkt *und* am Gütermarkt. Durch diese Doppelstellung betrifft jede gegen ihn gerichtete Massnahme den Gütermarkt²⁶. Es wird ihm subjektiv gleichgültig sein, ob er in seiner Eigenschaft als Arbeitgeber oder als Unternehmer gemassregelt werden soll: für ihn persönlich steht immer seine wirtschaftliche Existenz als Unternehmer auf dem Spiel. In diesem Sinn gibt es keine ausschliesslich das Arbeitsverhältnis betreffende Massnahmen²⁷.

Ebensowenig kann es der Sinn des Wörtchens «ausschliesslich» sein, jene Massnahmen, die ihr arbeitsmarktliches Endziel über gütermarktliche Zwischenziele erreichen wollen²⁸, sowie jene, bei denen die Arbeitgeberseite im Hauptinteresse der Arbeitnehmerseite handelt, damit aber nicht unerwünschte gütermarktliche Nebenziele erreicht, dem Kartellgesetz zu unterstellen. Eine solche Auslegung führt dazu, dass die Arbeitsmarktstrategien dem systematisch falschen Gesetz unterstellt werden und den Besonderheiten des Gesamtvereinbarungssystems nicht Rechnung getragen wird. Das Kriterium der Ausschliesslichkeit erweist sich deshalb als unzulänglich und unnötig: «Andernfalls droht die Bewegungsfreiheit der Wirtschaftsgruppen des Arbeitsmarktes zu sehr eingeengt, die arbeitsrechtliche Ausnahme des Art. 1 KG zur leeren Hülle zu werden»²⁹.

Fasst man Art. 1 Satz 2 KG auf als Abgrenzungsnorm zwischen Wettbewerbssystem auf dem Gütermarkt und Gesamtvereinbarungssystem auf dem Arbeitsmarkt, kann es für die Zuordnung der einzelnen Massnahme nur darauf ankommen, ob ein gütermarktliches oder ein arbeitsmarktliches Ziel anvisiert wird. Die Antwort kann für die einzelne Massnahme nur entweder oder lauten. Nur insofern kann man von Ausschliesslichkeit reden.

C. *Einzelne Auslegungsregeln*

a) Es kann sich die Frage stellen, ob einer Massnahmen ergreifen- den oder von solchen betroffenen Marktseite Arbeitnehmer- oder Unternehmerstellung zukommt. Merkmal der Arbeitnehmerstellung ist die Lei-

25 MIRZ 26. Aus den an gleicher Stelle aufgeführten Bsp. ergibt sich kein Hinweis auf die nähere Bedeutung der Ausschliesslichkeit.

26 Ebenso MATHYS 52.

27 Ebenso HAUSHEER 321.

28 Es sei wiederum an das Bsp. der Arbeitersperre erinnert. MATHYS 53 spricht in diesem Zusammenhang von der «Mehrstufigkeit zweckbezogenen Handelns».

29 Ebd. 54.

stung fremdbestimmter Arbeit mit Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation, begründet durch privatrechtlichen Vertrag³⁰. Im Zweifelsfall kommt die entscheidende Bedeutung dem Merkmal der rechtlichen Unterordnung zu³¹. Immerhin ist MATHYS³² zuzugestehen, dass Fälle denkbar sind³³, wo sich die Anwendung der arbeitsrechtlichen Ausnahme wegen einer starken wirtschaftlichen Abhängigkeit auch ohne rechtliche Unterordnung rechtfertigt³⁴.

b) Von einer Wettbewerbsbeschränkung betroffene Arbeitnehmer können sich nicht auf das Kartellgesetz berufen. Das Kartellgesetz wendet sich gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf dem Gütermarkt. Arbeitnehmer sind keine Teilnehmer des gütermarktlichen Wettbewerbs, weshalb ihnen die Aktivlegitimation zur Kartellklage nach Art. 6 KG fehlt³⁵.

c) Auch Massnahmen, die von der Arbeitgeberseite ausgehen, können einen Aussenseiter in seiner Eigenschaft als Arbeitgeber treffen. Solche Massnahmen sind denkbar und unterstehen nicht dem Kartellgesetz³⁶. Die zum Schutz der Arbeitnehmer erfolgte Kartellierung der Lohnkosten birgt für die organisierten Arbeitgeber vor allem in schlechten konjunkturellen Zeiten die Gefahr eines gütermarktlichen Wettbewerbsrückstands in sich. Es ist deshalb konsequent, wenn den Arbeitgebern erlaubt wird, mit adäquaten Mitteln gegen diese unerwünschte Nebenfolge des Gesamtvereinbarungssystems vorzugehen. Hingegen ist Vorsicht geboten, dass gütermarktliche Massnahmen nicht unter dem Deckmantel der arbeitsrechtlichen Ausnahme dem Zugriff des Kartellgesetzes zu entschlüpfen versuchen.

d) Gehen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite gemeinsam vor, ist die Zuordnung zu einem der beiden Rechtsnormenkomplexe aufgrund der überwiegenden Zielsetzung einer Seite vorzunehmen³⁷. Dass die Arbeit-

30 REHBINDER 25. Im Ergebnis vor Erlass des neuen Arbeitsvertragsrechts auch MATHYS 40.

31 REHBINDER 25.

32 MATHYS 41.

33 Vgl. die ebd. 33 aufgeführten Fallbeispiele.

34 REHBINDER 26 spricht von arbeitnehmerähnlichen Personen und postuliert die analoge Anwendung einzelner arbeitsrechtlicher Vorschriften. Dazu kann m.E. unter Umständen Art. 1 Satz 2 KG gehören.

35 Ebenso MATHYS 56 unter Hinweis auf SCHÜRMANN, Kommentar 64, wonach die Expertenkommission zum geltenden KG für Art. 4 Abs. 1 KG ursprünglich folgenden Wortlaut vorgesehen hatte: «Vorkehren eines Kartells, durch die ein *Unternehmer* vom Wettbewerb ausgeschlossen ...».

36 Wenn sich der Arbeitnehmerverband verpflichtet, seine Mitglieder nur bei organisierten Arbeitgebern arbeiten zu lassen, ist die Zulässigkeit dieser Massnahme nach kollektivem Arbeitsrecht (in diesem Fall unter dem Gesichtspunkt des Koalitionszwangs) zu beurteilen.

37 Es sei zugestanden, dass diese Auslegung sehr schwierig sein kann, vgl. das Bsp. in FN 38. Meist handelt es sich hier um zweiseitige Vereinbarungen, denn die eine Marktseite wird sich selten für die Ziele der anderen einsetzen, ohne die Zusicherung zu deren analogen Verhalten einzuhandeln. Klassisches Bsp. ist die closed-shop-Klausel. In diesen Fällen hat die Auslegung unter Beizug der Gegenvereinbarung zu erfolgen und wird dadurch wesentlich erleichtert.

nehmerseite eigene Ziele in Kollusion mit der Arbeitgeberseite zu erreichen sucht, ändert nichts am arbeitsmarktlichen Charakter³⁸. Andererseits kann sich die Arbeitgeberseite, welche Initiantin einer Massnahme der Arbeitnehmerseite mit gütermarktlicher Zielsetzung ist, nicht auf Art. 1 Satz 2 KG berufen³⁹.

III. Rechtsfolgen

Mit dem Entscheid, ob eine Ausnahme nach Art. 1 Satz 2 KG vorliegt, ist noch nichts über die Zulässigkeit der zu beurteilenden Massnahme gesagt. Entschieden ist dann lediglich, nach welchem Normenkomplex sich die Zulässigkeit beurteilt. Wer dabei der Ansicht ist, die Unterstellung unter das kollektive Arbeitsrecht komme einer Privilegierung gleich, liegt falsch⁴⁰. Das ist auch nicht der Zweck von Art. 1 Satz 2 KG. Es geht vielmehr darum, den anerkanntermassen auch auf dem Arbeitsmarkt gegebenen Problemen kollektiver Massnahmen mit dem kollektiven Arbeitsrecht als dem auf das Gesamtvereinbarungssystem zugeschnittenen Instrumentarium zu Leibe zu rücken und den systemwidrigen Rückgriff auf das Kartellgesetz zu verhindern⁴¹. Nur so wird trotz den Gemeinsamkeiten genügend Rücksicht auf die Unterschiede zwischen den verschiedenen Koordinationssystemen genommen⁴². Dennoch ist nicht zu verkennen, dass dieser wirtschaftsrechtliche Ansatz der verschiedenen Rechtsfolgen in bezug auf den Schutz des durch

38 Anderer Meinung war der U.S. Supreme Court im berühmten Entscheid *Allen Bradley Co. v. Electrical Workers' Local 3*, 325 U.S. 797 (1945). Um bessere Löhne, Arbeitszeiten und Arbeitsbedingungen zu erreichen, hatte sich eine Gewerkschaft der Elektrizitätsarbeiter von den Elektroinstallateuren zusichern lassen, diese würden ihr Material nur von Herstellern beziehen, die ihrerseits Gewerkschaftsangehörige beschäftigten. Mit den Herstellern traf man die analoge Abrede. Der Supreme Court unterstellte die Vereinbarungen den Antitrustgesetzen und entwickelte folgenden Grundsatz: «Immunity is lost when a labor group is acting to «aid and abet businessmen» in conduct which, if carried out by businessmen alone, would violate the Act», SULLIVAN 724.

Immerhin ist zu bemerken, dass dieser Entscheid erging, bevor der Labor Management Relations Act von 1947 (29 U.S.C.A. §§ 141 [1973]) die closed-shop-Klausel verbot (vgl. dazu KAUFMANN 200). M.E. wurde in diesem Fall exklusiver Verbandsverkehr vereinbart, der bei analoger Anwendung von Art. 356a Abs. 1 OR unzulässig wäre. Gl.M. wohl MATHYS 49.

39 Vgl. dazu die Ausführungen der Pbk 104ff.

40 KAUFMANN 218f. kommt zum Schluss, «dass in Sachen Wettbewerbsbeschränkung auf dem Gütermarkt mehr erlaubt ist als auf dem Arbeitsmarkt». MATHYS 95 sagt zum gleichen Problem: «Bei alledem darf nicht übersehen werden, dass die Unterschiede in der materiellen Rechtslage äusserst gering sind, soweit es sich um kollektive Zwangsmassnahmen des einen oder anderen Marktbereiches handelt».

41 Ebenso Pbk 25; BBl. 1961 II 572; SCHLEIF, ZBJV 115 (1979) 69 FN 10; BBl. 1981 II 1320.

42 Hinzu kommt, dass die Bestimmungen des geltenden KG für eine Anwendung auf dem Arbeitsmarkt schon rein technisch ungeeignet sind, so BBl. 1981 II 1320; Materialien 121.

eine Kollektivmassnahme Betroffenen sogleich relativiert wird: Auf beiden Märkten geht es auch darum, das Persönlichkeitsrecht auf freie Ausübung der wirtschaftlichen Aktivität⁴³ zu schützen⁴⁴. Das zeigt sich überall dort, wo das kollektive Arbeitsrecht Normen setzt, die sich eng an Formulierungen des Kartellgesetzes anlehnen⁴⁵ oder wo die analoge Anwendung kartellrechtlicher Grundsätze im kollektiven Arbeitsrecht postuliert wird⁴⁶.

A. nach Kartellgesetz⁴⁷

Ausgehend vom Missbrauchsprinzip gibt es im Kartellgesetz keine per se-Verbote von Kartellen oder Formen kartellistischer Zwangsmassnahmen. Das Kartellzivilrecht geht bei der Behinderung Dritter (= sog. externer Kartellzwang) vom Verbot des Wettbewerbsausschlusses oder der erheblichen Behinderung aus (Art. 4 Abs. 1 KG)⁴⁸. Unerhebliche Wettbewerbsbeschränkungen sind zulässig. Aber auch Wettbewerbsausschluss und erhebliche Behinderung werden vom Verbot befreit, sofern die Vorkehren durch überwiegende schutzwürdige Interessen gerechtfertigt sind und sie die Freiheit des Wettbewerbs im Verhältnis zum angestrebten Ziel sowie nach Art und Durchführung nicht übermässig beeinträchtigen (Art. 5 Abs. 1 KG)⁴⁹. Misslingt die Rechtfertigung, ist das diskriminierende Verhalten unzulässig und dem Betroffenen stehen die Ansprüche nach Art. 6 KG zu⁵⁰.

Das Kartellinnenrecht⁵¹ (= sog. interner Kartellzwang) geht mit verschiedenen Grundsätzen gegen übermässige Selbstbindungen vor. Kartellvereinbarungen können nur dann klagbare Verpflichtungen begründen, wenn sie schriftlich abgeschlossen werden (Art. 11 KG). Aus wichtigen

43 So BGE 102 II 220.

44 MATHYS 89.

45 Vgl. Art. 356a Abs. 3 OR gegenüber Art. 5 KG.

46 Z.B. SCHLUEP, Überbordungsgefahren 187f., der bei der Beurteilung der Rechtmässigkeit von Arbeitskämpfungsmassnahmen eine Anwendung des in Art. 5 Abs. 1 KG verankerten Verhältnismässigkeitsprinzips vorschlägt.

47 Vgl. zum KG allgemein SCHÜRMANN, Kommentar; *ders.*, Wirtschaftsverwaltungsrecht 275ff. und MERZ; im Vergleich zum kollektiven Arbeitsrecht MATHYS 71ff.; sowie als kurze und prägnante Darstellung SCHLUEP, ZBJV 115 (1979) 74ff. Zur Diskussion über die laufende Revision des KG BBl. 1981 II 1293ff.; Materialien 83ff. und SCHLUEP, ZBJV 115 (1979) 65ff.

48 Dazu SCHÜRMANN, Kommentar 60ff.; *ders.*, Wirtschaftsverwaltungsrecht 285ff.; MERZ 39ff.

49 Dazu SCHÜRMANN, Kommentar 78ff.; *ders.*, Wirtschaftsverwaltungsrecht 287ff.; MERZ 48ff.

50 Feststellungs-, Unterlassungs- und Beseitigungsklage, bei Verschulden Schadenersatz und allenfalls Genugtuung im Rahmen von Art. 49 OR sowie Urteilsveröffentlichung. Dazu SCHÜRMANN, Kommentar 99ff.; *ders.*, Wirtschaftsverwaltungsrecht 289; MERZ 68ff.

51 Dazu SCHÜRMANN, Kommentar 112ff.; *ders.*, Wirtschaftsverwaltungsrecht 290f.; MERZ 80ff.

Gründen kann der Richter ein Mitglied von Kartellbindungen befreien (Art. 12 KG)⁵², und zudem wird den Kartellen die übermässige Erschwerung des Austrittes eines Mitglieds untersagt (Art. 13 KG)⁵³. Massregelungsbehinderungen sind dann unzulässig, wenn sie unverhältnismässig⁵⁴ erscheinen (Art. 14 KG).

Nicht unterschätzen darf man den verwaltungsrechtlichen Teil des Kartellgesetzes⁵⁵. Die Praxis der Kartellkommission⁵⁶ hat entgegen den Erwartungen des Gesetzgebers grosse Bedeutung erlangt⁵⁷.

B. *nach kollektivem Arbeitsrecht*⁵⁸

Bejaht man eine Ausnahme nach Art. 1 Satz 2 KG, muss zuerst die Anwendung der entsprechenden Normen des kollektiven Arbeitsrechts geprüft werden. Erweisen sich die Bestimmungen über die Freiheit der Berufsausübung (Art. 356a Abs. 2 und 3 OR), den Koalitions- und Anschlusszwang (Art. 356a Abs. 1 und Art. 356b OR) und das Arbeitskampfrecht als nicht anwendbar, stehen immer noch die allgemeinen Rechtsbehelfe des Zivilrechts zur Verfügung (Art. 27/28 ZGB, Art. 19–20 und 41ff. OR).

Hier bietet sich der Gerichtspraxis – wenn ihr die entsprechenden Fälle unterbreitet werden – die Möglichkeit, den spezifischen arbeitsrechtlichen Besonderheiten durch den Rückgriff auf die Boykottrechtsprechung gerecht zu werden⁵⁹. In BGE 102 II 211ff. wurde ein Anfang gemacht: Das Bundesgericht hat dabei für den Arbeitsmarkt die unter dem Einfluss des kommenden Kartellgesetzes ergangene «Vertglas»-Entscheidung⁶⁰ bestätigt, wonach ein Boykott das Persönlichkeitsrecht auf freie wirtschaftliche Aktivität verletze und deshalb grundsätzlich – unter dem Vorbehalt des Schutzes

52 Sog. Befreiungsklage. Sie ist an ziemlich strenge Voraussetzungen gebunden, welche immerhin durch die zwingenden Austritts- und Kündigungsmöglichkeiten bei den für Kartelle in Frage kommenden Rechtsformen gemildert werden, vgl. SCHÜRMANN, Kommentar 119ff.

53 Unzulässigkeit von Auslösungssummen, faire Regelung der Vermögensrechte und der Kündigungs- und Austrittsfristen.

54 D.h., im Verhältnis zum angestrebten Ziel sowie nach Art und Durchführung übermässig.

55 Dazu SCHÜRMANN, Kommentar 143ff.; ders., Wirtschaftsverwaltungsrecht 291ff.; MERZ 95ff.

56 Zur Praxis der Kartellkommission vgl. die Übersicht bei SCHÜRMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht 302ff.

57 SCHLUEP, ZBJV 115 (1979) 94 mit der Folgerung, dass Anhänger vermehrten Schutzes des Wettbewerbs bei der Revision des KG auf einen Ausbau des Kartellverwaltungsrechts drängen. Auch der BR führt aus, dass dem verwaltungsrechtlichen Teil des KG besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden muss, BBl. 1981 II 1348.

58 Vgl. zum folgenden ausführlich § 4 IV.

59 Vgl. BGE 102 II 211ff., SJZ 75 (1979) 75 Nr. 13 (Oberger. ZH).

60 BGE 86 II 365ff.

legitimer, offensichtlich überwiegender und nicht anders zu wahren Interessen – widerrechtlich sei⁶¹.

Für Selbstbindungen bleibt Art. 27 Abs. 2 ZGB von Bedeutung⁶². Niemand darf sich in einem Vertrag in einer die guten Sitten verletzenden Art und Weise der Freiheit entäussern. Ein widersprechender Vertrag ist nichtig (Art. 20 OR).

IV. *Kasuistik*

Die Auslegung von Art. 1 Satz 2 KG ist eine fallbezogene Auslegung. Zur Ergänzung der bisherigen Ausführungen ist deshalb eine Kasuistik am Platz. Dabei ist Vorsicht geboten: Es ist in der Schweiz zum vorliegenden Abgrenzungsproblem noch kein Gerichtsurteil ergangen⁶³. Es lässt sich deshalb nur aufzeigen, wie ausgewählte⁶⁴ Sachverhalte gemäss den obigen Darlegungen zu beurteilen wären. Dabei geht es lediglich um die Qualifikation. Die Frage der Zulässigkeit wird ausgeklammert⁶⁵.

Ob das Fehlen von Gerichtsurteilen bedeutet, dass das Abgrenzungsproblem nicht aktuell ist, muss dahingestellt bleiben. Nachdem die Preisbildungskommission noch festgestellt hatte, dass die Gesamtarbeitsvertragsparteien mit der Tarifautonomie «oft bei den aufgezeigten Grenzen nicht haltmachen und in ihren Konventionen Bestimmungen aufnehmen, die direkt auf die einschlägigen Warenmärkte übergreifen»⁶⁶, kam KAUFMANN einige Jahre später zum Schluss, dass in dieser Hinsicht «eine gewisse Flurbereinigung»⁶⁷ stattgefunden habe. Zwar verneint die Arbeitnehmerseite heute, in der Praxis immer noch kartellunterstützende Politik zu betreiben⁶⁸, andererseits ist es natürlich im Interesse beider Seiten, entsprechende

61 Zwar ging es in casu um einen Massregelungsboykott, was jedoch keine Rolle spielt, da das BGr. vom Boykott als solchem ausgeht und nicht zwischen externem und internem Kartellzwang unterscheidet. Im übrigen findet die Boykottrechtsprechung selbstverständlich auch beim Koalitionszwang und beim Arbeitskampf ihre Anwendung, wenn es um eigentliche Boykottmassnahmen geht.

62 Dazu gehören auch die zwingenden Bestimmungen von Art. 340ff. OR, welche die Konkurrenzverbote regeln. Sie sind ein auf Arbeitsverträge zugeschnittener spezieller Anwendungsfall von Art. 27 Abs. 2 ZGB, vgl. BGE 102 II 217f. Für Selbstbindungen sind unter dem Gesichtspunkt der negativen Koalitionsfreiheit verbandsinterne Austrittsregeln zu beachten.

63 Dasselbe gilt auch für Art. 356a Abs. 2 und 3 OR. Die zitierten Entscheide zum Koalitions- und Vertragszwang ergingen vor der Revision des Gesamtarbeitsvertragsrechts durch das AVEG.

64 Neben neueren ältere Gerichtsurteile, ausländische Urteile sowie in der Literatur erwähnte Bsp. und GAV-Bestimmungen.

65 Zum Teil ist sie bereits mit der Subsumtion beantwortet. Vgl. z.B. die Nichtigkeitsfolge in Art. 356a Abs. 1 OR.

66 Pbk 103f.

67 KAUFMANN 229.

68 So JUCKER 59.

Fälle⁶⁹ nicht an die Öffentlichkeit zu bringen⁷⁰. Wie dem auch sei: Es ist nicht auszuschliessen, dass das Zusammengehen von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite auf dem Gütermarkt in schlechteren wirtschaftlichen Zeiten wieder vermehrt an Aktualität gewinnen wird.

A. Kollektives Arbeitsrecht

1. Art. 356a Abs. 2 und 3 OR

- Gesamtarbeitsvertragsbestimmung im Malergewerbe, wonach Hilfsarbeiter nur zu Hilfs- und Reinigungsarbeiten, jedoch nicht zu Anstrich- und Spritzarbeiten eingesetzt werden dürfen⁷¹.
- Gesamtarbeitsvertragsbestimmung, welche Frauen von bestimmten Berufen ausschliesst⁷².
- Gesamtarbeitsvertragsbestimmung, wonach für bestimmte Arbeiten nur ortsansässige Arbeitnehmer zu beschäftigen sind⁷³.
- Verdrängung einer Gruppe von Anschlägern ländlicher Arbeitgeber durch städtische Anschläger unter Berufung auf eine Gesamtarbeitsvertragsbestimmung, wonach sich das städtische Arbeitsamt beim Arbeitsnachweis zuerst städtischer Arbeitnehmer zu bedienen hat⁷⁴.

2. Art. 356a Abs. 1 OR

- Gegenseitige Verpflichtung in einem Gesamtarbeitsvertrag des Inhalts, dass organisierte Arbeitgeber nur organisierte Arbeitnehmer beschäftigen und organisierte Arbeitnehmer nur bei organisierten Arbeitgebern arbeiten, sog. closed-shop-Klausel⁷⁵.
- Absprachen einer Gewerkschaft in der Elektrobranche mit Elektroinstallateuren und den Herstellern von Elektromaterial, wonach die Installateure ihr Material nur von Herstellern beziehen dürfen, die Gewerkschaftsangehörige beschäftigen und andererseits die Hersteller ebenfalls Verkäufe nur an solche Installateure tätigen, die ihrerseits Gewerkschaftsangehörige beschäftigen⁷⁶.
- Vertragsabrede eines Bauarbeiterverbandes mit einer Organisation von Bauunternehmern, wonach diese keine Verträge mit Unterakkordanten abschliessen dürfen, die nicht ihrerseits mit gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmern arbeiten⁷⁷.

69 Dass es sie auch heute noch gibt, zeigt das Bsp. hinten B. bei FN 93.

70 Ebenso NOBEL 68.)

71 BGE 81 I 1ff.; ähnliches Bsp. bei KAUFMANN 129f.

72 BBl. 1967 II 420.

73 KAUFMANN 130.

74 Bsp. bei MATHYS 52 (unter Berufung auf NZZ Nr. 1920 vom 1. Mai 1966).

75 BGE 82 II 308ff.

76 Allen Bradley Co. v. Electrical Workers' Local 3, 325 U.S. 797 (1945). Vgl. dazu MATHYS 42, 49f.; NOBEL 64; SULLIVAN 724. Der Supreme Court hat den Sachverhalt den Antitrustgesetzen unterstellt, vgl. vorn II. C. FN 38.

77 Suburban Tile Center Inc. v. Rockford Building and Construction Trades Council, zit. nach MATHYS 42. Vgl. auch ebd. 49f.

3. Art. 356b OR

– Gesamtarbeitsvertragliche Absperrklausel, wonach die Arbeitgeber nur vertrags-treue Arbeitnehmer beschäftigen und die Arbeitnehmer nur bei vertragstreuen Ar-beitgebern arbeiten; wobei die gegen Bezahlung eines Solidaritätsbeitrages ausge-stellte Arbeitskarte als Ausweis der Vertragstreue gilt⁷⁸.

4. Arbeitskampfrecht

– Arbeitskampf mit dem Ziel der Verdrängung einer schwächeren (der gleichen Ge-werkschaft angehörenden) Gruppe von Arbeitnehmern von ihren Arbeitsplätzen⁷⁹.
– Streik einer Metzgergewerkschaft gegen eine Firma, um diese zur Einhaltung von mit den Frischfleischhändlern vertraglich vereinbarten Ladenöffnungszeiten zu zwin-gen⁸⁰.

5. Allgemeines Zivilrecht⁸¹

– Erklärung der Mitglieder einer Arbeitgeberorganisation, in der sie sich verpflichten, keine Arbeitnehmer einzustellen, die in den letzten drei Jahren mehr als zweimal die Stelle gewechselt haben⁸².
– Statutenbestimmung eines Arbeitgeberverbandes, wonach der Verband von den Mitgliedern die Entlassung von Arbeitnehmern verlangen kann, deren Verhalten In-teressen und Zweck des Verbandes entgegensteht; mit dem Verbot der Beschäftigung so Entlassener durch andere Verbandsmitglieder⁸³.
– Gegenseitige Verpflichtung der Mitglieder eines Arbeitgeberverbandes, den Ange-stelltenfang zu unterlassen⁸⁴.
– Statutarische Bestimmung eines Berufssportverbandes, wonach ein Berufsspieler ohne Zustimmung des bisherigen Vereins (sog. Freigabeerklärung) während zwei Jahren keinem anderen Verein beitreten darf⁸⁵.
– Gentlemen's Agreement grosser Arbeitgeber der Maschinenindustrie über die Per-sonalabwerbung⁸⁶.

78 BGE 75 II 305ff., ebenso BGE 74 II 158ff.

79 SCHLUEP, Überbordungsgefahren 193 (unter Berufung auf NZZ Nr. 345 vom 26. Juli 1972 und NZZ Nr. 354 vom 1. August 1972).

80 Meat Cutters Local 189 v. Jewel Tea Co., 381 U.S. 676 (1965). Vgl. dazu MATHYS 42, 50f.; NOBEL 64; SULLIVAN 727f. Der Supreme Court bejahte, dass Ladenschlusszeiten ein durch GAV regelbares Kampfziel seien (die bestreikte Firma war vertraglich nicht gebunden). A.M. wohl MATHYS 51, wobei ihm wieder entgegenzuhalten ist, dass er Subsumtion und Zulässigkeitsabklärung nicht genug auseinanderhält.

81 Bei den ersten fünf Beispielen geht es um Beschränkungen der Freiheit der Berufs-ausübung, auf die Art. 357a Abs. 2 und 3 OR wegen seines Wortlauts nicht direkt an-gewendet werden kann, die jedoch analog jener Regelung beurteilt werden müssen.

82 Bsp. bei MATHYS 42.

83 MATHYS 52 mit Quellennachweisen.

84 BGE 73 II 65ff.

85 BGE 102 II 211ff., vgl. auch SJZ 75 (1979) 75 Nr. 13 (Oberger. ZH).

86 Quelle: bilanz Mai 5/1980.

- Verbot für die Mitglieder eines Arbeitnehmerverbandes, mit früheren Mitgliedern zusammenzuarbeiten, die wegen Missachtung einer Weisung aus der Gewerkschaft ausgeschlossen worden waren⁸⁷.
- Arbeitersperre einer Gewerkschaft gegen einen Arbeitgeber «wegen notorisch schlechter Behandlung und Ausbeutung des Personals»⁸⁸.

B. Kartellrecht⁸⁹

- Nichtbelieferung eines Aussenseiters und Verweigerung seiner Aufnahme in den Verband durch ein Ausschliesslichkeitskartell der Glasbranche⁹⁰.
- Gesamtarbeitsvertragliche Verpflichtung der Arbeitgeberseite zur Einhaltung von Preis- und Kalkulationsbestimmungen mit vertikaler Konsolidierung auf dem Arbeitsmarkt durch eine closed-shop-Klausel⁹¹.
- Abschluss eines überdurchschnittliche Löhne und Arbeitsbedingungen gewährenden Gesamtarbeitsvertrags im Bergbau mit der Verpflichtung für die Gewerkschaft, von kleineren nicht beteiligten Unternehmern dieselben Bedingungen zu verlangen⁹².
- Gesamtarbeitsvertragliche Vereinbarung einer Vertragsgemeinschaft (Art. 357b OR) zur Unterstützung von Massnahmen zur Bekämpfung der illoyalen Konkurrenz, der Preisschleuderei und der Möbelimporte⁹³.
- Arbeitersperre einer Gewerkschaft zur Erfüllung einer gesamtarbeitsvertraglichen Verpflichtung, ihre Mitglieder nur bei solchen Herstellern arbeiten zu lassen, die zu den regelmässigen Kunden der Vertragsmitglieder der Arbeitgeberseite gehören⁹⁴.

§ 10 Grenzen der Unternehmensmitbestimmung durch Gesamtarbeitsverträge

I. Problematik und Ausgangspunkt

In der Volksabstimmung vom 21. März 1976 wurden sowohl die Mitbestimmungsinitiative der Gewerkschaften zur Aufnahme eines Art. 34^{ter} Abs. 1 lit. b^{bis} BV als auch der Gegenvorschlag der Bundesversammlung zu einem Art. 34^{octies} BV abgelehnt¹. Inzwischen sind weitere parlamentarische Initiativen zu einem Vorschlag einer nationalrätlichen Kommission zur Ein-

87 BGE 85 II 525ff.

88 BGE 69 II 80ff., insb. 87ff. Wenn die Gewerkschaft dabei auf den Abschluss eines GAV zielt, ist diese Massnahme nach den Regeln des Arbeitskämpfrechts zu messen (was für die Beurteilung keine Konsequenzen hat).

89 Eine Reihe weiterer Beispiele findet sich bei KAUFMANN 160ff.

90 BGE 86 II 365ff., vgl. im weiteren aus der neuesten Praxis BGE 101 II 142ff., 102 II 427ff., 103 II 294ff., 104 II 209ff.

91 Pbk 104f.

92 United Mine Workers v. Pennington, 381 U.S. 657 (1965). Vgl. dazu MATHYS 51f.; NOBEL 64; SULLIVAN 724ff.

93 Bsp. bei JAEGER 140 mit Quellennachweis.

94 Bsp. konstruiert von MATHYS 54 als Gegenstück zum Bradley-Case.

1 BBl. 1976 II 664.

führung eines Art. 34^{octies} BV gereift². Ob und wann es zu einer verfassungs- und gesetzesrechtlichen Regelung der Mitbestimmungsfrage kommen wird, bleibt dennoch ungewiss.

Neben den geringen tatsächlichen Chancen zur Erreichung umfassender Mitbestimmungsbefugnisse auf dem Verhandlungsweg war nicht zuletzt die Unsicherheit über die Grenzen der Tarifautonomie dafür verantwortlich, dass die Arbeitnehmerseite zur Erreichung ihrer Ziele den Weg über den Gesetzgeber einschlug³. Nachdem diesem Versuch kein Erfolg beschieden war, dürfte wieder vermehrt versucht werden, Mitbestimmungsbefugnisse durch Gesamtarbeitsverträge zu erreichen. Somit bleibt die Frage nach den Grenzen der Regelungsmacht aktuell.

Dabei ist allgemein unbestritten, dass der Gesamtarbeitsvertrag das gegebene Instrument zur Einführung der Mitbestimmung in allen drei Intensitätsstufen (Information, Mitsprache, Mitentscheidung) auf den Ebenen Arbeitsplatz und Betrieb ist, solange es um personelle und betriebliche Angelegenheiten geht⁴. Die weitere Entwicklung des Betriebsverfassungsrechts⁵ ist Sache des autonomen Arbeitsrechts⁶ im Rahmen eines neu zu schaffenden Mitwirkungsgesetzes⁷. Ohne Zweifel sind hier die Möglichkeiten gesamtarbeitsvertraglicher Regelung noch lange nicht ausgeschöpft⁸. Dasselbe gilt wohl auch für institutionalisierte Informations- und Mitspracherechte im Unternehmensbereich⁹.

2 BBl. 1976 II 989. Die paritätische Mitbestimmung auf Unternehmensebene soll bereits verfassungsrechtlich ausgeschlossen werden, ebd. 993.

3 STAUFFACHER, Arbeitsfriede 11.

4 SCHLUEP, Konsequenzen 221; STAUFFACHER, Arbeitsfriede 20 mit ausführlichem Katalog der betrieblichen Regelungsgegenstände. Auf der Ebene Arbeitsplatz geht es um ein «klar geregeltes Einsprache-, Beschwerde- und Antragsrecht», ebd. 20. Zu den Gegenständen betrieblicher Mitbestimmung vgl. auch ZANETTI, Mitwirkungsgesetz 9f., 15ff.; BBl. 1973 II 416ff.

5 Verstanden als Regelung der «Zuständigkeiten und Verfahren beim Zusammenwirken von Arbeitgebern und Arbeitnehmern im Betrieb, insbesondere die Einschränkung der arbeitsrechtlichen Weisungsgewalt durch Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer», so REHBINDER 200.

6 Ebd. 202.

7 Die Regelung des Arbeitsgesetzes (Art. 10, 13, 17, 19, 24 und 37 ArbG) wird allgemein als ungenügend empfunden, so SCHLUEP, Mitbestimmung? 351; STAUFFACHER, Arbeitsfriede 52. Der Vorschlag von ZANETTI, Mitwirkungsgesetz 6ff. hat immerhin dazu geführt, dass der BR erste Vorbereitungen für ein Mitwirkungsgesetz auf betrieblicher Ebene getroffen hat, vgl. BBl. 1978 II 990.

8 Vgl. dazu BBl. 1973 II 361f.: «Die Mitbestimmung in den Gesamtarbeitsverträgen besteht zur Hauptsache in der Schaffung von Arbeitnehmerkommissionen (...). Sie sind als eigentliche Organe der Mitbestimmung im Betrieb anzusehen, deren Befugnisse sich in der Regel auf die Mitbestimmung der ersten und zweiten Stufe (Information und Mitsprache) beschränken. Nur selten kommen eigentliche Mitentscheidungsbefugnisse vor». Die Chancen für eine Verbesserung der Mitbestimmung liegen also in qualitativer Hinsicht bei der Vereinbarung vermehrter Mitentscheidungsbefugnisse, ebenso JAEGER 145.

9 Vgl. als stellvertretendes Bsp. einer solchen Regelung Art. 23 des vom SKV und vom VPOD mit der Swissair abgeschlossenen GAV vom 27. Dezember 1979, der unter

Die Differenzen beginnen dort, wo die «Teilhabe der Arbeitnehmer an den wirtschaftlichen (unternehmerischen) Planungen und Entscheidungen im Unternehmen»¹⁰ – die Unternehmensmitbestimmung – zur Diskussion steht. In diesem Sinn geht es auch bei der Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten im Betrieb um Unternehmensmitbestimmung¹¹. Der Begriff ist unabhängig von der Mitbestimmungsebene Betrieb oder Unternehmen materiell aufzufassen.

Zur Erreichung einer Bindung der unternehmerischen Entscheidung durch Gesamtarbeitsverträge stehen grundsätzlich zwei Wege offen. Der erste ist jener, den die Gewerkschaften mit ihrer Mitbestimmungsinitiative gesetzlich verankern wollten: Die Institutionalisierung der Mitbestimmung in den für die entsprechenden Entscheidungen zuständigen Unternehmensorganen¹². Solche Mitbestimmung kann paritätisch oder unterparitätisch sein, wobei es die absolute Parität nicht geben kann und die Übergänge fließend sind¹³. Im folgenden wird unter paritätischer Mitbestimmung jene verstanden, die es der Anteilseignerseite verunmöglicht, unternehmerische Entscheidungen selbständig – d.h. ohne Zustimmungsbedürftigkeit der Arbeitnehmerseite oder Dritter, z.B. eines vom paritätischen Verwaltungsrat gewählten Präsidenten – zu treffen¹⁴.

dem Titel «Arbeitseinschränkung und Versetzung aus wirtschaftlichen Gründen» folgendes vorseht:

«Arbeitseinschränkungen in grösserem Ausmass, wie Kündigung und Kurzarbeit, infolge von Arbeitsmangel oder von anderen, nicht in der Person des Angestellten liegenden Gründen, wie Produktionseinschränkungen, Produktionsverlagerungen, Rationalisierungsmassnahmen, sind vorausgehend mit der Personalkommission und den Personalverbänden zu besprechen. Die Swissair wird sich zur Milderung von sozialen Härten und insbesondere für die Sicherung der weiteren beruflichen Existenz der betroffenen Mitarbeiter nach Kräften einsetzen und nach Rücksprache mit der Personalkommission und den Personalverbänden aufgrund eines Sozialplanes die hiefür zweckdienlichen angemessenen Massnahmen treffen.

Sind im Zusammenhang mit solchen Arbeitsbeschränkungen interne Versetzungen erforderlich, so wird die Swissair, sofern der betroffene Angestellte an die Personalkommission oder einen Personalverband gelangt, sein Anliegen mit diesen besprechen, um Meinungsverschiedenheiten nach Möglichkeit zu beheben».

10 FITTING/WLOTZKE/WISSMANN Vorb. N 1. Im folgenden wird unter Unternehmensmitbestimmung immer solche im Sinne dieser Definition verstanden. Die zwei ersten Intensitätsstufen werden grundsätzlich ausser acht gelassen.

11 Zu Recht führt SCHLUEP, Konsequenzen 221 FN 42 aus, dass sich Betriebs- und Unternehmensebene nicht sauber trennen lassen. Das deutsche Betriebsverfassungsgesetz gewährt z.B. Mitbestimmung auf Betriebsebene nicht nur in sozialen und personellen Angelegenheiten, sondern auch in einigen wenigen wirtschaftlichen Angelegenheiten. Im Vordergrund stehen dabei Betriebsänderungen, vgl. dazu FITTING/WLOTZKE/WISSMANN Vorb. N 18. Ebensowenig ist zu übersehen, dass auch die Ausübung von Mitbestimmungsrechten in sozialen und personellen Fragen auf Betriebsebene Auswirkungen auf die Unternehmerfunktion hat, vgl. dazu ebd. Vorb. N 17.

12 Im Vordergrund steht dabei selbstverständlich die Einsitznahme in die VR der AG, vgl. MEYER 13ff.

13 FITTING/WLOTZKE/WISSMANN Vorb. N 2.

14 Dabei ist nicht zu übersehen, dass auch formelle Überparität unter Umständen materielle Parität bedeuten kann. Es war dies einer der Hauptpunkte in der Diskussion um

Als zweites ist es möglich, die unternehmerischen Entscheidungen durch Gesamtarbeitsverträge so zu binden, dass sie der Zustimmung der Arbeitnehmerseite bedürfen oder dieser gegen bestimmte Entscheide ein Veto-recht zusteht¹⁵. Die Wirksamkeit solcher Vertragsklauseln ist jener der institutionellen paritätischen Mitbestimmung gleich, wenn nicht sogar überlegen.

Vorauszuschicken ist, dass die Unternehmensmitbestimmung nicht Gegenstand normativer Bestimmungen im Sinne von Art. 356 Abs. 1 OR sein kann. In Frage kommt lediglich eine indirekt-schuldrechtliche bzw. beim Firmenvertrag schuldrechtliche Regelung¹⁶.

II. *Art. 356 Abs. 2 OR als Schranke der Tarifmacht*

Die Tarifmacht der Koalitionen zur Regelung der Arbeitsbedingungen wird durch Art. 356 Abs. 2 OR auf Bestimmungen beschränkt, die das Verhältnis zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern betreffen. Es geht vorliegend um die Frage, ob zur Regelung der Arbeitsbedingungen im Sinne von Art. 356 Abs. 2 OR auch solche gesamtarbeitsvertragliche Vereinbarungen gehören, «die die Verringerung allgemeiner wirtschaftlicher Risiken zum Gegenstand haben, d.h., den Arbeitnehmer vor den Auswirkungen des Marktrisikos schützen sollen»¹⁷.

Weder der Rückgriff auf den Wortlaut¹⁸ von Art. 356 Abs. 2 OR noch jener auf die Schutzfunktion des Gesamtarbeitsvertrags helfen weiter. Geht man davon aus, dass sich die Mitbestimmung richtigerweise neben dem Integrationsargument eben gerade aus dem Schutzargument¹⁹ – Verminderung des Risikos von Arbeitsplatzverlusten durch unternehmerische

die Verfassungsmässigkeit des deutschen Mitbestimmungsgesetzes von 1976. Vgl. dazu das sog. Mitbestimmungsurteil BVerfGE 50 290ff. = NJW 1976 699ff. und aus der Fülle der Kritik z.B. RICHARDI, AöR 104 (1979) 550ff.

15 Vgl. die beispielhafte Aufzählung bei BIEDENKOPF, Gutachten 159f. Hier sei das Bsp. erwähnt, wo unternehmerische Investitionsvorhaben, durch die Arbeitsplätze abgewertet oder beseitigt würden, mit der Gewerkschaft abgestimmt werden müssen und dieser unter Umständen sogar ein Vetorecht gegen das Investitionsvorhaben zugesprochen wird. Es geht hier um das amerikanische System der sog. vertraglichen «work rules», vgl. dazu SCHLUEP, Mitbestimmung? 351.

16 Ebenso HÖLTERS 143.

17 BIEDENKOPF, Gutachten 159.

18 Daraus, dass in Deutschland die Mitbestimmungsforderung unter dem Begriff «Wirtschaftsbedingungen» und nicht unter jenem der «Arbeitsbedingungen» betrachtet wird (vgl. BIEDENKOPF, Gutachten 158f.), lässt sich für die Schweiz nichts gewinnen. Auch wenn man annimmt, dass für uns Tarifaufonomie Regelung der «Arbeitsbedingungen» (REHBINDER 171) bedeutet, muss aus dem wirtschaftsverfassungsrechtlichen Zusammenhang geschlossen werden, die Tarifaufonomie sei in beiden Ländern im Grundsatz gleich. Vgl. auch vorn § 5 II. B. 3. FN 43.

19 SCHLUEP, Konsequenzen 212. Zu weiteren Rechtfertigungen der Unternehmensmitbestimmung vgl. FITTING/WLOTZKE/WISSMANN Vorb. N 22ff.

Entscheide²⁰ – herleiten lässt, steht sowohl das Verhältnis zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern zur Diskussion und wäre die Mitbestimmungsforderung auch vom Schutzzeck gedeckt²¹.

Anzusetzen ist bei der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Zuständigkeit der Koalitionen. Diese bezieht sich auf die autonome Regelung des Arbeitsmarktes²². Auf den Gütermärkten erfolgt die Koordination durch Wettbewerb. Es ist die Unternehmerfunktion, welche dafür sorgt, dass die für den Marktablauf notwendigen Planungs- und Koordinationsentscheide getroffen werden²³. Damit der Wettbewerb seiner Ordnungsaufgabe gerecht werden kann, ist vorausgesetzt, dass die Unternehmungsentscheidungen «frei von rechtlichen Bindungen an Dritte»²⁴ – weder durch Kartellvertrag noch durch Gesamtarbeitsvertrag – getroffen werden: «Der Grundsatz der wirtschaftlichen Freiheit überlässt die Aufstellung und Durchführung der Wirtschaftspläne und die damit verbundene Koordination aller vorgegebenen Daten grundsätzlich dem einzelnen Unternehmer»²⁵.

Die Mitbestimmungsforderung zielt also auf die Frage, «wer die Unternehmenspolitik zu bestimmen, wer sie wem und wie substantiell zu verantworten hat»²⁶. Die geltende Wirtschaftsverfassung beruht dabei auf dem Grundsatz unternehmerischer Planfreiheit²⁷ und dem Gesamtarbeitsvertrag steht lediglich zu, indirekt arbeitsmarktliche Daten zu setzen, welche der Unternehmer seinen Entscheidungen zugrunde legen muss, darf aber die Entscheidungsmöglichkeit weder binden noch beseitigen²⁸. Nach der vielzierten Formulierung BIEDENKOPFS muss sich der Gesamtarbeitsvertrag auf die «Wahrung und Verbesserung des sozialen Datenkranzes»²⁹ beschränken.

Die arbeitsmarktliche Tarifautonomie setzt gütermarktlichen Wettbewerb voraus³⁰. Diese Funktionsvoraussetzung findet ihren rechtlichen Ausdruck nicht nur in der Eigentumsgarantie und der Handels- und Gewerbefreiheit der Arbeitgeber, sondern auch in ihrer Koalitionsfreiheit und in der institutionellen Garantie des Gesamtvereinbarungssystems³¹. Diese Grundentscheidung haben die Koalitionen zu respektieren. Der Tarifauto-

20 FITTING/WLOTZKE/WISSMANN Vorb. N 24.

21 BIEDENKOPF, Gutachten 160.

22 RICHARDI 116.

23 BIEDENKOPF, Gutachten 161; GYGI 56f.

24 BIEDENKOPF, Gutachten 161.

25 Ebd. 161.

26 GYGI 57.

27 Ebd. 55ff.; RICHARDI 181.

28 BIEDENKOPF, Gutachten 162.

29 Ebd. 114.

30 Vgl. dazu vorn § 6 II, C.

31 Dazu grundlegend BADURA, RdA 1976 280f.

nomie muss dort eine Grenze gesetzt sein, wo die Koalitionen versuchen, das Gesamtvereinbarungssystem durch Gesamtarbeitsverträge zu beseitigen³². Die rechtliche Bindung der Unternehmerentscheidungen an die Arbeitnehmerseite durch Gesamtarbeitsverträge – sei es im Sinne einer institutionellen paritätischen Mitbestimmung, sei es im Sinne einer Zustimmungsbedürftigkeit oder eines Vetorechts – ist unzulässig³³.

Die Grenze von Art. 356 Abs. 2 OR muss nicht nur für indirekt-schuldrechtliche Bestimmungen in zweiseitig-korporativen Verträgen gelten, sondern auch für entsprechende schuldrechtliche Vereinbarungen in Firmenverträgen³⁴. Für den einzelnen Arbeitgeber gibt es im Firmenvertrag der Wirkung nach nur «normative» Vereinbarungen. Geht man davon aus, dass auch schuldrechtliche Bestimmungen erstreikbar sind³⁵, muss deshalb die Begrenzung der Tarifautonomie auf Vereinbarungen, die das Verhältnis zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern betreffen, in Firmenverträgen umsomehr beachtet werden – jedenfalls soweit die Regelung der Arbeitsbedingungen³⁶ und nicht schuldrechtliche Folgepflichten des Gesamtarbeitsvertrags zur Diskussion stehen. Dem kann nicht entgegengehalten werden, der einzelne Arbeitgeber gehe seine Bindungen im Firmenvertrag freiwillig und ohne Unterwerfung unter die Verbandsmacht der eigenen Seite ein. Dieses Argument übersieht, dass der Arbeitnehmerseite – im Unterschied zum gewöhnlichen schuldrechtlichen Vertrag – die Möglichkeit gewährleistet ist, den Vertragsabschluss notfalls zu erkämpfen.

Insofern ist die Harmoniethese RICHARDIS zu korrigieren, soweit er rechtliche Beziehungen der Tarifpartner, die sich nicht auf Dritte beziehen, absolut dem allgemeinen Schuldrecht unterstellen will³⁷, da sonst im Firmenvertrag die Regelungsmacht der Koalitionen – z.B. gerade bezüglich der Mitbestimmung – weiterreichen würde als im Verbandstarif³⁸. Hier zeigt sich deutlich die Unhaltbarkeit der Aussage, die Tarifautonomie sei mit der Vertragsfreiheit nach Art. 19 OR identisch³⁹. Die Begrenzung der Tarifauto-

32 Treffend HOHN 94: «Die Wirtschaft soll sich nicht selbst systemwidrig organisieren dürfen».

33 Für die Schweiz ebenso HOHN 94.
In Deutschland unbestrittene h.L.: BIEDENKOPF, Gutachten 163; BADURA, RdA 1976 280f.; HÖLTERS 152; RICHARDI 181; FITTING/WLOTZKE/WISSMANN Vorb. N 8 und WIEDEMANN/STUMPF Einl. N 186ff. je mit weiteren Nachweisen.

34 Vgl. dazu auch vorn § 5 II. B.1.

35 Dazu grundlegend HÖLTERS 121ff.

36 HÖLTERS 125 spricht von schuldrechtlichen Abreden, «die zur Verwirklichung einer arbeitsmarktköonomischen Austauschgerechtigkeit dienen, die also wegen ihres tendenziell den normativen Abreden deckungsgleichen Aussageanspruchs ebenfalls dem in Art. 9 Abs. 3 GG garantierten Handlungssystem angehören».

37 RICHARDI 202.

38 Richtig deshalb die Kritik von HÖLTERS 57.

39 So aber ARREGGER 127.

nomie auf die Regelung der Arbeitsbedingungen muss konsequenterweise unabhängig davon gelten, ob auf der Arbeitgeberseite ein Verband oder nur einzelne Arbeitgeber stehen.

III. *Bindung der Tarifaautonomie an die Wirtschaftsverfassung und an die wirtschaftlichen Grundrechte*

Bei der Setzung normativer Bestimmungen sind die Vertragsparteien an die Grundrechte gebunden⁴⁰. Gilt dies auch für indirekt-schuldrechtliche Bestimmungen? Indirekt-schuldrechtliche Bestimmungen unterscheiden sich von normativen lediglich durch das Fehlen der Unabdingbarkeit. Ebenso wie normative Bestimmungen zielen sie aber auf eine Regelung der Arbeitsbedingungen – sind also funktionsgleich – und ebenso kommt ihnen die Privilegierung der Koalitionen zugut, die sich in legitimer Kartellmacht und darauf beruhender äusserst wirksamer Einwirkungsmacht sowie Kampffreiheit zeigt. Die Grundrechtsbindung muss für die gesamte aus der Tarifaautonomie fliessende Regelungsmacht gelten, «eben weil die Koalitionen hier ein vom Staat verliehenes Privileg innehaben»⁴¹. Wiederum genügt der Hinweis auf die Notwendigkeit der Einheit der Grenzen der Tarifaautonomie, um die Grundrechtsbindung schuldrechtlicher, die Arbeitsbedingungen regelnder Bestimmungen auch im Firmenvertrag zu postulieren⁴².

Dieses Ergebnis ist auch unter dem sich vermehrt durchsetzenden Gesichtspunkt der Dritt- oder Horizontalwirkung der Grundrechte begründet⁴³. Dieser wird unter anderem nicht zuletzt deshalb das Wort gesprochen, weil die Grundrechte heute vielfach von privaten Machtträgern stärker bedroht werden als von der staatlichen Rechtsetzung⁴⁴. Mit ihrer Privilegierung sind die Koalitionen dafür wohl ein Paradebeispiel, «weshalb auch eine entsprechend tiefere Grundrechtswirkung angezeigt ist»⁴⁵.

Dass die rechtliche Bindung der unternehmerischen Entscheidung durch Gesamtarbeitsverträge sich als mit den wirtschaftlichen Grundrechten des Arbeitgebers (Eigentumsgarantie, Handels- und Gewerbefreiheit, Koalitionsfreiheit) unvereinbar erweist, hat aber bei richtiger Betrachtung keine selbständige Bedeutung, sondern folgt aus der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundentscheidung der gütermarktlichen Koordination durch Wettbewerb. Dieser Grundentscheid ist es, der die Regelungsmacht der Koalition

40 Vgl. BÄNZIGER, Effektivklausel 111 mit ausführlichen Nachweisen.

41 HÖLTERS 115. Dem steht für die Schweiz die Äusserung REHBINDERS 172f. nicht entgegen, wonach die Bindung an die rechtsstaatlichen Grundsätze und die staatlichen Gesetze auf normative Bestimmungen beschränkt ist, da er auch die indirekt-schuldrechtlichen Bestimmungen zum normativen Teil des GAV zählt, ebd. 167ff.

42 Vgl. dazu vorn II. und § 5 II B. I.

43 Bezüglich des normativen Teils BÄNZIGER, Effektivklausel 114f.

44 SALADIN 308.

45 BÄNZIGER, Effektivklausel 115.

nen auf den *Arbeitsmarkt* beschränkt. Die Gewährleistung der wirtschaftlichen Grundrechte zur Verwirklichung des gütermarktlichen Wettbewerbssystems ist lediglich notwendige Folge des Grundentscheids. Deshalb können die folgenden Ausführungen summarischer Natur bleiben, wobei im übrigen auf die Diskussionen zur Verfassungsmässigkeit der Mitbestimmungsinitiative⁴⁶ sowie des deutschen Mitbestimmungsgesetzes von 1976⁴⁷ verwiesen werden darf.

A. *Fehlende Verfassungskompetenz zur gesetzlichen Regelung der Unternehmensmitbestimmung*

Seit der ausgiebigen Diskussion über die Mitbestimmungsinitiative darf man annehmen, dass dem Bund für eine gesetzliche Einführung der Unternehmensmitbestimmung eine Verfassungsgrundlage⁴⁸, sicher aber eine Verfassungsnorm «mit materieller Abgrenzungswirkung»⁴⁹ fehlt. Art. 34^{ter} Abs. 1 lit. b BV vermag lediglich, aber immerhin die betriebliche Mitbestimmung zu stützen⁵⁰. Auch wenn man die Tarifautonomie nicht als Gesetzesdelegation, sondern als Autonomieermächtigung betrachtet⁵¹, muss für die Regelungsmacht der Koalitionen gelten, dass sie sich nicht über die dem Staat selbst gesetzten Schranken hinwegsetzen kann⁵². Bereits daraus ergibt sich die Unvereinbarkeit der Bindung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit durch Gesamtarbeitsverträge mit dem geltenden Verfassungsrecht⁵³.

B. *Einzelne Grundrechte*

Vorauszuschicken ist, dass sich im vorliegenden Zusammenhang anders als bei einer gesetzlichen Regelung der Unternehmensmitbestimmung die Frage nach dem Verhältnis zwischen Bundeskompetenz und

46 Vgl. SCHLUEP, Mitbestimmung? 343ff.; *ders.*: Eigentumsgarantie und Mitbestimmung 427ff.; STAUFFACHER, Mitbestimmung im VR der AG 81ff.; *ders.*, Arbeitsfriede 55ff.
47 Vgl. das Mitbestimmungsurteil des BVerfG vom 1. März 1979: BVerfGE 50 290ff. = NJW 1979 699ff. Aus der Literatur für viele RAISER, Einl. N 40ff. mit einer Fülle weiterer Hinweise; RICHARDI, Die AG 1979 29ff.; *ders.*, AöR 104 (1979) 546ff.
48 So VON STEIGER 19f.; ZANETTI, Mitwirkungsgesetz 14; HOHN 120. Wohl a.M. GYGI 161; SCHLUEP, Mitbestimmung? 344; STAUFFACHER, Mitbestimmung im VR der AG 80.
49 So SCHLUEP, Konsequenzen 216. Vgl. die Formulierung einer Verfassungsbestimmung ebd. 220. Ähnlich Art. 29 VE.
50 ZANETTI, Mitwirkungsgesetz 13; BBl. 1978 II 990.
51 BÄNZIGER, Effektivklausel 110.
52 Ebd. 113., wobei die Aussage sich auf normative Bestimmungen bezieht. Aus dem Kontext ergibt sich aber, dass damit die gleiche Bindung für indirekt-schuldrechtliche Bestimmungen nicht ausgeschlossen wird.
53 Ebenso HOHN 120 (unter ausdrücklichem Hinweis auf die Erkämpfbarkeit solcher Abreden).

Grundrechten nicht stellt⁵⁴. Die Grundrechte sind vorgegeben, und die gesamtarbeitsvertragliche Mitbestimmung ist an ihnen zu messen.

1. *Eigentumsgarantie und Handels- und Gewerbefreiheit*

Bei Einzelunternehmern und bei Gesellschaftern von Personengesellschaften sticht die Verletzung sowohl der Eigentumsgarantie als auch der Handels- und Gewerbefreiheit durch paritätische Mitbestimmung ins Auge⁵⁵. Das gleiche gilt für den Unternehmeraktionär⁵⁶. Diese Personen werden durch paritätische Mitbestimmung in ihrer Verfügungsfreiheit über das Unternehmensvermögen ebenso betroffen wie in ihrer Freiheit der Erwerbstätigkeit, welche gerade unternehmerische Entscheidungsfreiheit bedingt⁵⁷.

Schwieriger ist die Beurteilung bei Gross- und Publikumsaktiengesellschaften. Auf den ersten Blick kann man den Einwand nicht von der Hand weisen, dass die faktische Entwicklung den herkömmlichen Eigentumsbegriff hier überholt hat. Auf die Handels- und Gewerbefreiheit kann sich der Nuraktionär sowieso nicht berufen⁵⁸. Hingegen ist nicht zu übersehen, dass unser Gesellschaftsrecht immer noch vom Ordnungsbild der *Eigentümergeellschaft* ausgeht⁵⁹. Es sind letztlich die Aktionäre, welche das die Unternehmerfunktion ausübende Gesellschaftsorgan durch ihre Mitwirkungsrechte legitimieren⁶⁰. Diese Mitwirkungsrechte sind Teil der ausschliesslichen Dispositionsgewalt der Aktionäre, welche von der Eigentumsgarantie neben den reinen Vermögensrechten mitgeschützt wird. Sie wird durch eine paritätische Mitbestimmung illusorisch⁶¹.

GYGI⁶² geht das Problem von der anderen Seite, der Unternehmerfunktion her an. Diese sei verfassungsrechtlich der Wirtschaftsfreiheit und nicht der Eigentumsgarantie zuzuordnen. «Unternehmerische Entscheidungsfreiheit über Produktion und Investition» sei von der Wirtschaftsfreiheit bedingt. Sie sei «eine eigenständige Geistes- wie Arbeitsleistung und Verantwortung». Dabei werde durch die Unternehmensverfassung festgelegt, wer die Unternehmenspolitik zu bestimmen hat. Das sind in der geltenden Rechtsordnung nicht die Arbeitnehmer.

54 Vgl. dazu SCHLUEP, Mitbestimmung? 345; ders., Eigentumsgarantie und Mitbestimmung 434; STAUFFACHER, Arbeitsfriede 63.

55 SCHLUEP, Mitbestimmung? 347.

56 Bezüglich der Eigentumsgarantie SCHLUEP, Eigentumsgarantie und Mitbestimmung 428f.; STAUFFACHER, Arbeitsfriede 57f.

57 So GYGI 57.

58 Treffend SCHLUEP, Mitbestimmung? 346: «Es ist kein Beruf, Aktionär zu sein».

59 Ebd. 352.

60 SCHLUEP, Eigentumsgarantie und Mitbestimmung 429.

61 Ebd. 429; STAUFFACHER, Arbeitsfriede 59.

62 GYGI 57.

Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass Eigentumsgarantie und Handels- und Gewerbefreiheit durch paritätische (und überparitätische) Mitbestimmung verletzt werden, diese Grundrechte jedoch unterparitätischer Mitbestimmung nicht entgegenstehen.

2. *Koalitionsfreiheit*

Die Koalitionsfreiheit findet ihren Sinn erst in einer Betrachtungsweise, die in oder neben ihr das Gesamtvereinbarungssystem verfassungsrechtlich gewährleistet sieht⁶³. Koalitionsfreiheit bedeutet deshalb nicht nur Vereinigungsfreiheit zur Wahrung kollektiver Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen; sie setzt als Funktionsbedingung der Tarifautonomie voraus, dass sich Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite voneinander unabhängig und getrennt gegenüberstehen⁶⁴. Tarifautonomie verlangt als Vertragsmechanismus ein kontradiktorisches Verfahren⁶⁵. Die Koalitionen und der einzelne Arbeitgeber besitzen deshalb einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Gegnerfreiheit⁶⁶.

Es liegt auf der Hand, dass paritätische Mitbestimmung – insbesondere jene, die von Gewerkschaftsseite anlässlich der Mitbestimmungsinitiative für die Aktiengesellschaft postuliert wurde⁶⁷ – die Gegnerfreiheit in unzulässiger Weise einschränkt⁶⁸. Die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie wäre zumindest stark beeinträchtigt, wenn nicht sogar beseitigt⁶⁹.

Weitaus kontroverser ist die Frage, ob auch unterparitätische Mitbestimmung die Gegnerfreiheit soweit beeinträchtigen kann, dass die Tarifautonomie einen Funktionsverlust erleidet. Sie war in Deutschland Gegenstand der Diskussion um die Verfassungsmässigkeit des Mitbestimmungsge-

63 Vgl. dazu ausführlich vorn § 3 IV. A.

64 RICHARDI, Die AG 1979 36f.

65 WIEDEMANN/STUMPF N 143 zu § 2 TVG mit Nachweisen.

66 RICHARDI, AöR 104 (1979) 568f.; STAUFFACHER, Arbeitsfriede 34.

67 Besetzung des VR der AG mit gleich vielen Vertretern der Anteilseigner- und der Arbeitnehmerseite, vgl. MEYER 16. Auch wenn in grossen Aktiengesellschaften der VR die Geschäftsführung delegiert und faktisch nur Aufsichtsfunktionen ausübt, bleiben seine Verantwortlichkeit (Art. 754 OR) und seine grundsätzliche Kompetenz zur Vertretung der Gesellschaft (Art. 717 OR) bestehen. Zu Recht deshalb die Bemerkung von STAUFFACHER, Arbeitsfriede 33, dass dieses Modell weiter gehe als jedes in Deutschland verwirklichte oder auch nur diskutierte.

68 STAUFFACHER, Arbeitsfriede 33: «Welch merkwürdiges Bild, wenn die Gewerkschafter zuerst auf Unternehmensseite, z.B. im Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft, an der Vorbereitung eines Gesamtarbeitsvertrages mitwirken, um hernach beim Abschluss des Gesamtarbeitsvertrages auf der anderen, der gewerkschaftlichen Seite, zu sitzen». SCHLUEP, Konsequenzen 226: «Handelt die mitbestimmte Unternehmung Arbeitsbedingungen mit den Gewerkschaften aus, so ist die Arbeitgeberseite infolge der institutionalisierten Mitbestimmung bei der Festlegung der Verhandlungsrichtlinien bereits auf die Interessenlage der Gegenseite eingestimmt».

69 GYGI 60; STAUFFACHER, Arbeitsfriede 33; wohl auch SCHLUEP, Konsequenzen 226. Für Deutschland: RAISER Einl. N 48; RICHARDI, AöR 104 (1979) 565. A.M. FITTING/WLOTZKE/WISSMANN Vorb. N 13.

setzes von 1976⁷⁰. Das Bundesverfassungsgericht hat im Mitbestimmungsurteil die Prognose gestellt, dass die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie durch das Mitbestimmungsgesetz grundsätzlich nicht beeinträchtigt werde und es dem Gesetzgeber und dem Richter obliege, allfälligen Gefahren zu begegnen⁷¹.

IV. *Unternehmensverfassungsrecht als Schranke gesamtarbeitsvertraglicher Unternehmensmitbestimmung*

Indirekt-schuldrechtliche und schuldrechtliche Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrags müssen die zwingenden Normen staatlicher Gesetze beachten⁷². Oft wird deshalb gesamtarbeitsvertragliche Unternehmensmitbestimmung als mit den zwingenden Bestimmungen der Unternehmensverfassung für unvereinbar erklärt⁷³. In der Tat ergibt sich, dass die geltende Unternehmensverfassung institutionalisierte Unternehmensmitbestimmung durch Gesamtarbeitsverträge faktisch verunmöglicht. Wiederum darf jedoch nicht übersehen werden, dass diese Unvereinbarkeit Folge der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung für die Koordination der Gütermärkte durch Wettbewerb ist und keine selbständige Bedeutung hat⁷⁴: Wie die wirtschaftlichen Grundrechte ist auch das Unternehmensverfassungsrecht auf die Freiheit der unternehmerischen Entscheidung als Funktionsvoraussetzung gütermarktlichen Wettbewerbs ausgerichtet.

A. *Mitbestimmung ohne Mitbeteiligung*

Von der Begründung durch das Schutz- und Integrationsargument her ergibt sich, dass die Mitbestimmungsforderung nicht auf dem Eigentum, sondern auf der Zugehörigkeit zur Arbeitnehmerschaft beruht⁷⁵. Daher ist Mitbestimmung ohne Mitbeteiligung der systemkonforme, Mitbestimmung mit Mitbeteiligung der systemwidrige Weg. Denn Mitbeteiligung impliziert

70 Vgl. die ausführlichen Nachweise bei RAISER, Einl. N 49ff.; dazu auch RICHARDI, Die AG 1979 38.

71 BVerfGE 50 376ff. = NJW 1979 711ff. Die Prognose ist auf Kritik gestossen, vgl. RICHARDI, AöR 104 (1979) 574f. mit weiteren Nachweisen.

72 Das gilt unabhängig davon, ob man sie als halbnormative, als wegen ihrer Regelungswirkung einzuschränkende oder als gewöhnliche obligatorische Abreden beurteilt.

73 So wohl REHBINDER 173; STAUFACHER, Arbeitsfriede II weist darauf hin, dass dies die Gewerkschaften bewogen habe, die Verwirklichung der Unternehmensmitbestimmung auf dem Gesetzesweg zu suchen.

74 Weshalb im folgenden einige kurze Hinweise genügen dürfen.

75 VON STEIGER 8; ebenso MEYER 19, der die Haftung der Arbeitnehmervertreter im VR der AG deshalb beschränkt wissen will: «Der Arbeitnehmervertreter ist in der Regel nicht Aktionär».

immer auch kapitalmässige Haftung und Verantwortung⁷⁶ und gerade dem sollen die Arbeitnehmer entgehen, da ihr Risiko das Arbeitsplatzrisiko ist.

Es kann deshalb aufgrund des wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundentscheids nicht verwundern, dass der Numerus clausus der Gesellschaftsformen und das zwingende Gesellschaftsrecht⁷⁷ keine Möglichkeiten einer vernünftigen Unternehmensmitbestimmung ohne Mitbeteiligung zulassen⁷⁸.

B. Mitbestimmung durch Mitbeteiligung

Nicht viel grösser ist der Spielraum bei einer Mitbeteiligung der Arbeitnehmer⁷⁹. Bei den Personengesellschaften⁸⁰ führt die Mitbeteiligung nicht nur zu Gesellschafterstellung und Haftung⁸¹; sie findet ihren Rechtsgrund immer in einem speziellen Gesellschaftsvertrag. Dieser ist ein auf Interessenkoinzidenz beruhender Vertrag⁸², weshalb der dem Interessengegensatz verpflichtete Gesamtarbeitsvertrag zur Begründung solcher Mitbeteiligung zum vornherein ausscheidet. Den weitergehenden Möglichkeiten bei den Kapitalgesellschaften durch entsprechende Beteiligungstitel⁸³ steht allemal entgegen, dass deren Ausgabe zwingende Befugnis der Versammlung der Kapitalgeber ist⁸⁴. Daran scheitert faktisch – neben allen übrigen be-

76 Als Korrelat zu Eigentumsgarantie und Unternehmensentscheidungsfreiheit, vgl. VON STEIGER 19.

77 Im praktisch besonders wichtigen Fall der AG sei auf Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2, 705 Abs. 1, 707 und 708 Abs. 1 OR verwiesen. Bezeichnenderweise stehen die für den Arbeitnehmer besonders wichtigen Entscheide über Zweckänderung, Erweiterung und Verengung des Geschäftsbereichs, Fusion, Verlegung des Sitzes und Auflösung der Gesellschaft nicht der Verwaltung, sondern der Generalversammlung zu, vgl. SCHLUEP, Konsequenzen 225.

78 Vgl. dazu ausführlich PEDRAZZINI 129ff.; SCHLUEP, Konsequenzen 224ff.; STAUFFACHER, Mitbestimmung im VR der AG 78f.

79 Den herrschenden Tenor fasst PEDRAZZINI 128 für den wiederum wichtigsten Fall der AG wie folgt zusammen: «Die Mitgliedschaftsrechte des einzelnen Aktionärs, zumal in einer grossen, eventuell sogar Publikums-Aktiengesellschaft, haben eher formelle, man möchte fast sagen «illusorische» Bedeutung, zumal wenn man an die praktischen Schwierigkeiten, z.B. einer Anfechtungs- oder Verantwortlichkeitsklage denkt».

80 Interessanterweise wird die Mitbestimmungsforderung oft nur für die grossen Kapitalgesellschaften gestellt, was GYGI 56 und SCHLUEP, Konsequenzen 224 von der sozialethischen Fundierung der Forderung her zu Recht bemängeln.

81 Vgl. PEDRAZZINI 127; STAUFFACHER, Mitbestimmung im VR der AG 77.

82 Vgl. dazu ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, 3. A. Bern 1978, 39ff.

83 An interessanten Vorschlägen fehlt es nicht, vgl. z.B. PEDRAZZINI 128f.; STAUFFACHER, Mitbeteiligung 11ff., 18ff. Originell die Idee von MATTHIAS PRAGER, Grenzen der deutschen Mitbestimmung (inklusive Betriebsverfassung) im deutsch-schweizerischen Unternehmensrecht, Zürich 1979, 53 FN 176. Es ist aber nicht zu übersehen, dass in der Praxis Mitbeteiligung der Arbeitnehmer nicht durch Mitbestimmung, sondern durch die Teilhabe der Arbeitnehmer am Geschäftsergebnis motiviert ist.

84 Für die AG: Art. 653 OR.

sprochenen rechtlichen Schwierigkeiten – die gesamtarbeitsvertragliche Einführung der Unternehmensmitbestimmung durch Mitbeteiligung bei Kapitalgesellschaften: Diese rechtsgültig zu vereinbaren, steht der Verwaltung als vertretendes Organ gar nicht zu, und die Hoffnung auf eine entsprechende Ermächtigung durch die Anteilseigner ist wohl illusorisch.

V. *Gesetzliche Unternehmensmitbestimmung und Prognose für die Tarifautonomie*

Unternehmensmitbestimmung und Tarifautonomie sind zwei verschiedene Paar Stiefel. Unsere geltende Rechtsordnung hat sich für die Tarifautonomie als adäquates Instrument zur Regelung der Beziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern entschieden. Wie ein roter Faden zieht sich diese Erkenntnis durch die Rechtsordnung und lässt die Einführung der Unternehmensmitbestimmung durch Gesamtarbeitsverträge auf allen Ebenen scheitern.

Es ist aber nicht auszuschliessen, dass sich die Verfassung künftig einmal für die Unternehmensmitbestimmung entscheiden wird⁸⁵. Dann steht auch einer gesetzlichen Regelung der Unternehmensmitbestimmung nichts mehr im Weg. Für die Koalitionsfreiheit und das daraus fliessende Gesamtvereinbarungssystem ist ungewiss, wie sich gesetzlich normierte Unternehmensmitbestimmung auf die Gegnerfreiheit als Funktionsvoraussetzung der Tarifautonomie auswirken würde. Die Prognose ist ausserordentlich schwierig⁸⁶. Betrachtet man Mitbestimmung – wohl zu optimistisch – als Weg, der vom Gegeneinander zum Miteinander führt⁸⁷, ist nicht auszuschliessen, «dass die bisherigen Funktionen gesamtarbeitsvertraglicher Regelungen im Gefolge funktionierender Mitbestimmung nach und nach absterben»⁸⁸ werden.

85 Vgl. Art. 29 VE; BBl. 1978 II 989.

86 RICHARDI, Die AG 1979 38.

87 In dieser Richtung JAEGER 141ff.

88 SCHLUEP, Konsequenzen 227.

Zusammenfassung

1. Aufgabe des Wirtschaftsrechts ist die rechtliche Verankerung der politischen Grundentscheide, die für das Koordinations- und das Subordinationsproblem der Wirtschaft getroffen wurden. Als Koordinationstypus stehen grundsätzlich das System der Marktwirtschaft und jenes der Planwirtschaft zur Verfügung. Die schweizerische Wirtschaftsordnung hat sich im Hinblick auf die wünschenswerten übergeordneten Ziele für das Wettbewerbssystem entschieden: ergänzt durch Planwirtschaft und Gesamtvereinbarungen dort, wo der Wettbewerb versagt.

2. Der Arbeitsmarkt ist einer jener Märkte, wo der Wettbewerb nicht funktioniert. Das Machtungleichgewicht zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, welches seine Ursache in verschiedenen Besonderheiten der menschlichen Arbeitskraft als Austauschgut hat, lässt den Wettbewerb auf dem Arbeitsmarkt scheitern.

3. Die Arbeitnehmerschaft erkannte schon früh, dass sie ihre Inferiorität gegenüber der Arbeitgeberseite nur durch den eigenen Zusammenschluss beseitigen konnte. So etablierte sich auf dem Arbeitsmarkt ein System, in welchem die Arbeitsbedingungen durch Gesamtvereinbarungen, sog. Gesamtarbeitsverträge, geregelt werden. Im Lauf der Zeit wurde dieses System von der Rechtsordnung anerkannt und normiert.

Das auf dem Modell des bilateralen Monopols beruhende Gesamtvereinbarungssystem ist zwar in verschiedener Hinsicht unvollkommen, garantiert aber auf dem Arbeitsmarkt im Hinblick auf den Schutz der Arbeitnehmer die besseren Ergebnisse als Wettbewerb und Planwirtschaft. Schutz-, Ordnungs- und Friedensfunktion sind seine Aufgaben und diktieren seine Grenzen.

Das Gesamtvereinbarungssystem verlangt andere rechtliche Grundlagen als der Wettbewerb. Es setzt Koalitions- und Arbeitskampffreiheit, Tarifautonomie und Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen voraus. Auf diesen Prinzipien beruht unsere Arbeitsverfassung.

4. Da das Kartellgesetz sich gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf den Gütermärkten wendet, das Gesamtvereinbarungssystem auf dem Arbeitsmarkt gegenüber dem Wettbewerb jedoch ein «aliud» darstellt und gerade auf Wettbewerbsbeschränkungen beruht, ist der Arbeitsmarkt dem Geltungsbereich des Kartellgesetzes folgerichtig entzogen.

Das Problem des Machtmissbrauchs stellt sich aber auch auf dem Arbeitsmarkt. Das kollektive Arbeitsrecht ist aufgerufen, diesen zu verhüten.

dern. Ein Überblick über die entsprechenden Normen zeigt, dass das kollektive Arbeitsrecht allfälligen Machtmissbräuchen durchaus Herr zu werden weiss.

5. Die Tarifaufonomie ist eines der grundlegenden Institute der Arbeitsverfassung. Sie ist die Befugnis der Koalitionen, die Arbeitsbedingungen autonom zu regeln.

Um dieser Aufgabe gerecht zu werden, ist sie an Voraussetzungen gebunden. Im Vordergrund stehen die Zuerkennung der Tariffähigkeit an Koalitionen und die arbeitsmarktlichen Grentrisiken.

Die Tarifaufonomie verleiht den Koalitionen eine grosse Macht. Sie ist deshalb funktional zu begrenzen: nicht zuletzt im Hinblick auf die Erkämpfbarkeit von Gesamtarbeitsverträgen. Zur Begrenzung der Regelungszuständigkeit auf das Aushandeln der Arbeitsbedingungen tritt die Bindung an die rechtsstaatlichen Grundsätze und die staatlichen Gesetze.

6. Unabdingbare Voraussetzung «richtiger» Verhandlungsergebnisse durch Gesamtarbeitsverträge sind die arbeitsmarktlichen Grentrisiken. Anknüpfend an die existentielle Bedeutung des Unternehmens für beide Marktseiten setzen sie voraus, dass die Arbeitgeber auf dem Gütermarkt unter einem angemessenen Wettbewerbsdruck stehen.

Grentrisiken fehlen im öffentlichen Dienst, bei staatlicher Wirtschaftsförderung und bei übermässiger Kartellierung der Gütermärkte. Die beiden erstgenannten Erscheinungsformen sind in der Schweiz nicht aktuell. Hingegen wird das Problem der Wettbewerbsbeschränkungen momentan anlässlich der Revision des Kartellgesetzes ausführlich diskutiert.

Führen fehlende Grentrisiken oder andere Gründe zu gegenwärtigen Tarifabschlüssen, ist der Staat in sein Wächteramt gerufen. Seine Eingriffsmöglichkeiten sind aber auf Gewährleistung der Funktionsvoraussetzungen der Tarifaufonomie und auf Empfehlungen an die Vertragsparteien beschränkt. Direkte Eingriffe in die Verhandlungsergebnisse stehen ihm nicht zu. Bester Garant für ein funktionstüchtiges Gesamtvereinbarungssystem bleiben verantwortungsbewusste Koalitionen.

7. Tarifaufonomie setzt voraus, dass die Koalitionen bereit sind, Gesamtarbeitsverträge notfalls zu erkämpfen und sozialen Druck auf die Gegenseite auszuüben. Nicht erforderlich ist jedoch ein ausdrückliches Bekenntnis zum Arbeitskampf und tatsächliche soziale Macht.

Der Verzicht auf den Arbeitskampf findet seine Grenze dort, wo der Ordnungsauftrag der Koalitionen gefährdet ist. Das kann dann der Fall sein, wenn die Vereinbarung der absoluten Friedenspflicht nicht mit einer Konfliktregelung gekoppelt wird und so eine Organisationslücke hinterlässt. Der richtige Ausweg ist hier nicht die absolute Schiedsgerichtsbarkeit, son-

dern die Vereinbarung einer Vertragsklausel, die den Koalitionen im Falle ungelöster Regelungskonflikte die ausserordentliche Auflösung des Gesamtarbeitsvertrags ermöglicht. Eine solche Klausel ist systemgerecht und stellt keine Gefährdung des Arbeitsfriedens dar.

8. Das Gesamtvereinbarungssystem findet seine Grenze in der Schutzfunktion. Deshalb statuiert das Obligationenrecht das sog. Günstigkeitsprinzip. Es besagt, dass vom Gesamtarbeitsvertrag abweichende Einzelabreden zugunsten der Arbeitnehmer zulässig sind. Übertariflich herrscht auf dem Arbeitsmarkt Wettbewerb mit voller Vertragsfreiheit und der Möglichkeit von Wettbewerbsbeschränkungen.

9. Entscheidendes Kriterium für die Abgrenzung zwischen kollektivem Arbeitsrecht und Kartellgesetz ist die Zielsetzung einer wettbewerbsbeschränkenden Massnahme. Will sie das Verhalten des Betroffenen in seiner Eigenschaft als Arbeitgeber ändern, beurteilt sie sich nach kollektivem Arbeitsrecht; zielt sie auf die Unternehmerfunktion, kommt das Kartellgesetz zum Zug. Nebenzwecke fallen ausser Betracht, und die vom Kartellgesetz postulierte Ausschliesslichkeit einer Massnahme erweist sich als unzulänglich.

Der Vergleich zwischen der Zulässigkeitsbeurteilung einer Massnahme nach kollektivem Arbeitsrecht und nach Kartellgesetz ergibt, dass die Ausnahmestellung des Arbeitsmarkts keine Privilegierung im Sinne milderer Beurteilung bedeutet. Ob der Grund für fehlende gerichtliche Abgrenzungsentscheide das ausreichende rechtliche Instrumentarium oder die Lichtscheu entsprechender Vereinbarungen ist, lässt sich schwer beurteilen. Jedenfalls muss bei der Kasuistik auf ältere und auf ausländische Urteile sowie auf Beispiele aus der Literatur zurückgegriffen werden.

10. Das arbeitsmarktliche Gesamtvereinbarungssystem bedingt gütermarktlichen Wettbewerb. Gütermarktlicher Wettbewerb bedingt seinerseits Entscheidungsfreiheit des Unternehmers. Aufgabe der Tarifautonomie ist die Regelung der Arbeitsbedingungen. Das schliesst die rechtliche Bindung der Unternehmerentscheide durch Gesamtarbeitsverträge aus. Paritätische Mitbestimmung ist durch Gesamtarbeitsverträge nicht regelbar.

Aus diesem wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundentscheid folgt auch die Unvereinbarkeit gesamtarbeitsvertraglicher Unternehmensmitbestimmung mit der Wirtschaftsverfassung und mit den wirtschaftlichen Grundrechten sowie mit den zwingenden Normen der Unternehmensverfassung.

Hingegen ist nicht auszuschliessen, dass Verfassung und Gesetz die Unternehmensmitbestimmung in Zukunft einmal rechtlich verankern werden. Das könnte das Ende des arbeitsmarktlichen Gesamtvereinbarungssystems bedeuten.

Lebenslauf

Ich wurde am 1. Juni 1953 in Zürich geboren und bin Schweizerbürger von Staufeu/AG. Sechs Jahren Primarschule und zwei Jahren Sekundarschule folgte der Besuch der Kant. Handelsschule Zürich, wo ich im Herbst 1972 die Kant. Handelsmaturität erwarb. Nach zehn Semestern Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Zürich schloss ich am 13. Juli 1977 mit dem Lizentiat ab. Nach einem Praxisjahr am Bezirksgericht Zürich – zuerst als Auditor, dann als Gerichtssekretär – trat ich als Mitarbeiter in ein Zürcher Anwaltsbüro ein. Am 3. November 1979 erwarb ich das zürcherische Anwaltspatent. Nach einem halbjährigen Unterbruch der Erwerbstätigkeit erfolgte am 24. Februar 1982 durch die Universität Zürich die Promotion zum Doktor.

